Heft 51 [3201] 67. Jahrgang 17. Dezember 1938

Juristische Wochenschrift

Organ der Reichsgruppe Rechtsanwälte des NS. Rechtswahrer-Bundes

Herausgegeben von dem Reichsgruppenwalter, Rechtsanwalt Dr. H. Droege

Der Gemeingebrauch an städtischen Straßen

Von Assessor Richard Brabant, Berlin

Die in Rechtsprechung und Rechtslehre herrschende Ansicht geht heute dahin, daß die Straßen, als zu den öffentlichen Sachen gehörig, nicht herrenlos sind, sondern im Privateigentum bestimmter Rechtssubjekte stehen. Nachdem dies in den landrechtlichen Teilen Preußens auf Grund von § 21 II 14 ALR. und in den gemeinrechtlichen Teilen Preußens nach der deutsch-rechtlichen Entwicklung der Grundsätze des römischen Rechts an den öffentlichen Wegen feststand, vertrat das RG. (RGZ. 131, 266 = JW. 1931, 1695[7]) diesen Rechtsstandpunkt auch für das rheinische Rechtsgebiet. Nach Art. 181 EGBGB. finden aber auf das z. Z. des Inkrafttretens des BGB. bestehende Eigentum die Vorschriften des BGB. Anwendung. Es handelt sich also bei dem Eigentum an öffentlichen Wegen um echtes Privateigentum. Die Lehre vom öffentlichen Eigentum an Straßen wird von der Rechtsprechung nicht anerkannt. — Die Person des Eigentümers ist zwar für das Merkmal der Öffentlichkeit eines Weges gleichgültig, jedoch interessieren die Eigentumsverhältnisse im Rahmen dieser Abhandlung. Wenn es auch im Einzelfall beim Fehlen gesetzlicher Regelungen Tatfrage ist, wem das Eigentum am Wegekörper zusteht, so sind heute doch überwiegend die städtischen Straßen im Eigentum der Gemeinden. Berlin ist z. B. seit Ende 1875 Eigentümerin der bis dahin fiskalischen Straßen. Als privatrechtliche Eigentümerin ihrer Straßen braucht die Gemeinde aber grundsätzlich keinen auf dem Gebiet des Privatrechts liegenden Eingriff in ihr Eigentum zu dulden. Sie kann daher bei unzulässiger Benutzung der Straße gegen den Störer ihre Rechte aus § 1004 BGB. geltend machen. Die Gemeinde ist, wie jeder Grundstückseigentümer, berechtigt, Einwirkungen auf den Raum über der Straßenoberfläche (der Raum unter der Straßenoberfläche soll hier nicht behandelt werden) zu verbieten. Zur Straße gehörig und daher im Privateigentum des Straßeneigentümers ist auch der Luftraum über der Straße (RGZ. 132, 399 = JW. 1931, 2239). — Das Verbietungsrecht unterliegt jedoch folgenden Beschränkungen:

1. Wie jeder private Eigentümer kann auch die Gemeinde als Straßeneigentümerin nicht Einwirkungen verbieten, die in solcher Höhe oder Tiefe vorgenommen werden, daß sie an der Ausschließung kein Interesse hat (§ 905 Satz 2 BGB.). Die Grenzen des Ausschließungsinteresses werden durch die Umstände des einzelnen Falls gegeben sein. Als Grundsätzliches ist daher nur anzuführen: Das Ausschließungsinteresse gegenüber der Einwirkung i. S. des § 905 Satz 2 BGB. kann nur durch eine Beziehung zur Benutzung des Grundstücks begründet werden. Es genügt nicht das bloße Interesse, für die Gestattung der Einwirkung eine Vergütung auszubedingen, um das Verbot zulässig zu machen (RGZ. 150, 226 = JW. 1936, 1598[5] m. Anm.). Im übrigen ist als schutzwürdiges Interesse auch ein ästhetisches Interesse anzuerkennen. Dies ist z. B. grundsätzlich bei quer über die Straße gespannten Antennendrähten gegeben. Für die Beurteilung der Frage, ob der Eigentümer ein Interesse an der Ausschließung hat, kommt es ferner nicht nur auf die augenblicklichen Verhältnisse an, sondern es ist auch die Möglichkeit künftiger Änderungen der Verhältnisse in Betracht zu ziehen, sofern es sich nicht um bloße theoretische Möglichkeiten handelt. Das Ausschließungsinteresse des Straßeneigentümers ist z. B. in folgenden Fällen bejaht worden: quer über die Straße gespannte Hochantenne (LG. Altona: JW. 1930, 3492) in einer Höhe von 4—5 m etwa 4 m weit in das Straßenland ragendes Hotelschutzdach (RGZ. 132, 398 = JW. 1931, 2239), Überquerung von Straßengelände mit Tankschläuchen (RGZ. 150, 217 = JW. 1936, 1598[5] m. Anm.).

2. Dem Verbietungsrecht des Eigentümers wird im Rahmen der Straßenbenutzung wohl nie die Bestimmung des § 226 BGB. entgegengehalten werden können. Durch die Benutzung des Straßenraums wird die Gemeinde — abgesehen von ganz seltenen Ausnahmefällen — stets in der freien Verfügung über die Straße behindert. Dann kann aber auch nicht eingewendet werden, die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs habe nur den Zweck, dem betreffenden Straßenbenutzer Schaden zuzufügen.

3. Die Gemeinde kann zur Duldung der Benutzung ihres Straßengeländes trotz ihres Eigentumsrechts und trotz ihres Verbietungsrechts bzgl. irgendwelcher Einwirkungen verpflichtet sein, soweit sie die Benutzung aus dem Gesichtspunkt des Gemeingebrauchs gestatten muß. Obwohl ein rein privatrechtliches Eigentum an öffentlichen Wegen anerkannt wird, ist der Eigentümer von Straßen in seiner Verfügungsbefugnis nicht so frei wie bei anderen Sachen. Die Straße ist in erster Linie zum öffentlichen Verkehr bestimmt. Aus dieser Zweckbestimmung ergibt sich notwendig, daß der Eigentümer von Grundstücken, über die öffentliche Wege führen, in seinem Eigentumsrecht insoweit beschränkt ist, als aus ihrer Widmung zum öffentlichen Weg folgt und durch den Zweck des Weges, dem öffentlichen Verkehr zu dienen, gefordert wird (RG.: JW. 1928, 503). Das Privateigentum an einem Grundstück wird aber durch seine Bestimmung für den öffentlichen Verkehr nicht aufgehoben, sondern nur insoweit beschränkt, als dieser Gebrauch reicht. Es tritt hier in seinen rechtlichen Wirkungen so lange und so weit zurück, als die Straße dem öffentlichen Verkehr zu dienen hat. Nur soweit diese Bestimmung reicht, wird die Straße dem bürgerlichen Verkehr entzogen (PrOVG.: PrVerwBl. 5, 245). Das Eigentum an den zur allgemeinen Benutzung bestimmten Straßen weicht ohne weiteres zurück und tritt erst hinter dem öffentlichen Gebrauch hervor. Soweit sich daher eine Störungshandlung im Rahmen des öffentlichen Gebrauchs hält, dem die Straße gewidmet ist, muß der Eigentümer sie dulden und kann nicht sein Verbietungsrecht aus § 1004 BGB. geltend machen (Stammler, „Das Recht des Gebrauchs öffentlicher Straßen": GruchBeitr. 70, 150; RGZ. 125, 111 = JW. 1929, 3383). Im übrigen bleibt das Privateigentum an der Straße erhalten. Wenn die Widmung zum öffentlichen Gebrauch nicht entgegensteht, kann es jederzeit ausgeübt werden. Jeden nicht durch diese Zweckbestimmung gerechtfertigten Eingriff in ihr Eigentum kann die Gemeinde als unberechtigte Verletzung ihres Privatrechts zurückweisen.

4. Das preußische Recht kennt noch eine weitere Be-

schränkung des Eigentumsrechts des Straßeneigentümers. In den §§ 78—82 I 8 ALR. wird den Anliegern ein besonderes Recht an der Straße und am Bürgersteig eingeräumt. Die Gemeinde muß sich wegen der in diesen Bestimmungen genannten besonderen Rechte der Straßenanlieger eine gesetzlich begründete Einschränkung ihres Eigentums gefallen lassen. Diese besonderen Rechte erstrecken sich u. a. darauf, daß der Hauseigentümer zur Anlegung von Kellerhälsen, Erkern, zur Aufsetzung von Wetterdächern und in die Straße hinein sich erstreckender Schilder der Genehmigung der Polizeibehörde bedarf. Diesen Rechten des Anliegers, in dem durch die Polizei gestatteten Maß die Grenzen seines Eigentums gegen die Straße hin überschreiten und den fremden Straßenraum benutzen zu dürfen, muß notwendig die Verpflichtung des Straßeneigentümers entsprechen, die Überschreitungen zu dulden (RGZ. 30, 248). Die Gemeinde ist also insoweit in ihrem Eigentumsrecht beschränkt. Diese Vorschriften des ALR. sind öffentlich-rechtlicher Natur. Als solche sind sie auch heute noch in Geltung. Das ALR. wollte in den angegebenen Bestimmungen das umfassen, was seinerzeit dem Gemeingebrauch entsprach. Es legte nur das fest, was sich schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen aus der Widmung der Straße für den öffentlichen Verkehr als Gemeingebrauch zugunsten des Anliegers ergibt (RGZ. 123, 184 = JW. 1929, 1241; RGZ. 132, 404 = JW. 1931, 2239). Der Inhalt dieser besonderen, dem Anlieger eingeräumten Befugnisse steht daher nicht ein für allemal fest, sondern ist auch hier — wie beim Gemeingebrauch — zeitlich und örtlich nach der Entwicklung der Verkehrsverhältnisse und den jeweiligen Anschauungen und Übungen wandelbar. Eine sinngemäße Auslegung dieser landrechtlichen Vorschriften muß sich den im Laufe der Zeiten wechselnden Verkehrsanschauungen anpassen. Entscheidend ist daher, ob eine Anlage im Rahmen dessen bleibt, was jetzt zum Gemeingebrauch an der Straße gehört, ob sie ihrem Wesen, der äußeren Gestaltung wie auch ihrem Zweck den im ALR. genannten Einrichtungen entspricht. So hat das RG. z. B. einen vom 2. bis 4. Stockwerk 1,20m weit in die Straße hineinragenden Lichtreklamekasten als „ein in die Straße hinein sich erstreckendes Schild" i. S. des ALR. angesehen (RGZ. 123, 185 = JW. 1929, 1241).

Der Gemeingebrauch ist der einem jeden kraft öffentlichen Rechts offenstehende freie Gebrauch der Wege für den Verkehr innerhalb der besonderen Bestimmung der einzelnen Wege und innerhalb der verkehrsüblichen Grenzen (Germershausen-Seydel, „Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen", 4. Aufl., S. 74). Er ist also der Gebrauch an öffentlichen Wegen, der jedermann daran zusteht, der aber in dem gleichen Recht aller übrigen seine natürlichen Schranken findet. Er muß sich in den Grenzen des allen Volksgenossen zustehenden Gebrauchs der Straße halten. Eine reichsrechtliche Regelung des Gemeingebrauchs ist noch nicht erfolgt. Es verbleibt daher grundsätzlich bei dem bisherigen Landesrecht. Auch soweit keine landesrechtliche Regelung besteht, ist der Gemeingebrauch an öffentlichen Wegen aus der Widmung der Wegefläche zum öffentlichen Verkehr als ein Grundsatz des öffentlichen Wegerechts anerkannt (vgl. z. B. BayVGH.: JW. 1930, 2004). — Darüber, was zu dem Gemeingebrauch an öffentlichen Wegen zu rechnen ist, bestehen keine allgemeinen festen Bestimmungen. Für die preußischen Gebiete ist von den §§ 7, 25 II 15 ALR. auszugehen, wonach der freie Gebrauch der Land- und Heerstraßen einem jeden zum Reisen und Fortbringen seiner Sachen insoweit gestattet ist, als dadurch andere an dem gleichmäßigen Gebrauch des Weges nicht gehindert werden. Diese Vorschrift, die nur auf Land- und Heerstraßen abgestellt ist, muß auf alle öffentlichen Wege analog angewendet werden, denn es ist der Zweck der öffentlichen Wege, wie der Land- und Heerstraßen, dem gemeinen Verkehr zu dienen (RG.: GruchBeitr. 24, 510). Die angeführten Bestimmungen beschränken also zunächst das Privateigentum an der öffentlichen Straße dahin, daß der Eigentümer den freien Gebrauch jedermann zu den angegebenen Zwecken zu dulden hat. Außerdem wird der Umfang des Rechts des einen Straßenbenutzers gegenüber dem anderen Benutzer festgesetzt. — Der Gemeingebrauch an der Straße ist jedoch auch in den preußischen Gebieten nicht beschränkt auf den in den landrechtlichen Bestimmungen umschriebenen Verkehr im engsten Sinne. Die Straße dient vielmehr auf Grund ihrer Widmung zum öffentlichen Verkehr auch sonstigem Gebrauch. Denn wird eine Straße der Öffentlichkeit gewidmet, so hat sie allen Zwecken zu dienen, zu denen sie nach der jeweiligen besonderen Gestaltung der allgemeinen Verhältnisse bestimmt ist. § 7 II 15 ALR. enthält nur einen allgemein geltenden Grundsatz, der den Umfang des freien Gebrauchs der Wege für den Verkehr nicht abschließend regelt. Insbesondere wird dadurch eine anderweitige, nach der allgemeinen und regelmäßigen Gestaltung des Verkehrs übliche Art der Wegebenutzung von dem für jedermann zulässigen Gemeingebrauch nicht ausgeschlossen (RGZ. 123, 184 = JW. 1929, 1241; RGZ. 150, 219 = JW. 1936, 1598[5] m. Anm.).

In einem besonderen Verhältnis zum Gemeingebrauch stehen die Straßenanlieger. Zwar ist für den Anlieger an einer Straße der Gemeingebrauch begrifflich kein anderer als für die anderen Straßenbenutzer, jedoch kann der Anlieger wegen seiner besonders engen räumlichen Beziehungen zur Straße den Gemeingebrauch in ganz besonderem Maße ausüben. Dies ergibt sich schon aus der Bestimmung der öffentlichen Wege, dem Verkehr mit den anliegenden Grundstücken zu dienen. Daraus folgt aber keineswegs etwa ein besonderes Recht des Anliegers, eine gerade seinen Interessen entsprechende Einrichtung der Straße für den Verkehr verlangen zu können. Seinen Niederschlag hat dieser „gesteigerte Gemeingebrauch" (so Fleiner, „Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts", 1928) für Preußen in den bereits oben erwähnten §§ 78—82 I 8 ALR. gefunden. Diese Bestimmungen legen nur das fest, was sich schon nach allgemeinen Grundsätzen als Gemeingebrauch an der Straße zugunsten der Anlieger ergibt. Auf Grund ihres räumlichen Verhältnisses zur Straße sind die Straßenanlieger in gesteigertem Maße zu deren Benutzung imstande und auf deren Inanspruchnahme angewiesen (RGZ. 123, 184 = JW. 1929, 1241). Sie üben hier z. T. den Gemeingebrauch in einer Art aus, die anderen Straßenbenutzern nicht möglich ist. Man denke nur an das Heraushängen von Fahnen, das Anbringen von Erkern usw. Trotzdem hängt diese Art der Ausübung des Gemeingebrauchs eng mit dem üblichen Gemeingebrauch zusammen, so daß es unzweckmäßig erscheint, wie Merkel (JW. 1929, 2342) eine scharfe Trennung zwischen „Gemeingebrauch" und „Anliegernutzung" zu machen. Der Anlieger besitzt keine höheren Ansprüche auf den Gemeingebrauch als jeder andere Straßenbenutzer. Die Benutzung der Straße durch ihn beruht auf dem Recht zum Gemeingebrauch. Er hat nur auf Grund seiner räumlichen Lage die Möglichkeit, den Gemeingebrauch stärker zu nutzen (Fleiner a. a. O. S. 367). Der Umfang und die Grenzen seines „gesteigerten Gemeingebrauchs" richten sich nach den für den gewöhnlichen Gemeingebrauch gegebenen Grenzen und Umfang. — Es würde viel zu eng sein, diesen „gesteigerten Gemeingebrauch" nur den anliegenden Grundstückseigentümern zuzubilligen. Der Grundstückseigentümer wird vielfach wegen Vermietung der an der Straße liegenden Hausseite überhaupt nicht zur Ausübung dieses Gemeingebrauchs imstande sein. Es muß daher anerkannt werden, daß dieser „gesteigerte Gemeingebrauch" nicht nur dem Hauseigentümer zusteht, sondern auch dem Besitzer und dem Mieter, z. B. dem Mieter eines Ladens im anliegenden Grundstück (RG.: JW. 1930, 1962). Unter Mieter sind hierbei nicht nur Mieter von Räumen zu verstehen, sondern auch solche von Reklameflächen am Hause.

Der Umfang des zulässigen Gemeingebrauchs steht nicht ein für allemal fest, sondern muß nach Art und Lage des Weges, dem jeweiligen Ausmaß des Verkehrs, der Entwicklung der Verkehrsbedürfnisse und der Art der Verkehrsmittel sowie nach den sonstigen Verhältnissen beurteilt werden. Bestimmend ist das jeweils nach der allgemeinen und regelmäßigen Gestaltung des Verkehrs Übliche und Zulässige. Nur so wird ein starres Festhalten an bestimmten Begriffen vermieden und der Wandlung der Verhältnisse und der Anschauungen über Zweck und Bestimmung der Straßen Rechnung getragen. Nur durch eine nachgiebige, sich nach den

jeweiligen Umständen des Falls richtende Bestimmung des Begriffs des Gemeingebrauchs kann die moderne Entwicklung insbesondere großstädtischer Verhältnisse genügend Berücksichtigung finden. Denn die Zweckbestimmung eines öffentlichen Weges kann sich im Laufe der Zeit erheblich ändern (Germersh. a. a. O. S. 75; RGZ. 125, 112 = JW. 1929, 3383; PrOVG. 100, 175). Die Umgestaltung der Verkehrsverhältnisse wirkt auch auf den Gemeingebrauch ein. Jedoch kann auch eine langjährige Übung einer gewissen Art der Straßenbenutzung in erheblichem Umfang nicht zu einer Ausdehnung des Gemeingebrauchs führen, wenn diese Art der Benutzung nicht unmittelbar dem Zweck und den Bedürfnissen des Straßenverkehrs dient. — Aus der örtlichen Gebundenheit des Umfangs des Gemeingebrauchs ergibt sich die verschiedenartige Beurteilung in den einzelnen Städten. Eine z. B. für Berlin anerkannte gemeingebräuchliche Benutzung der Straße braucht noch nicht für eine andere deutsche Großstadt unter den Gemeingebrauch zu fallen. Es ist selbstverständlich, daß der Gemeingebrauch für den Kraftwagenverkehr in Ortsstraßen ein wesentlich anderer ist als auf Landstraßen. Das gleiche gilt auch für das Verhältnis von Haupt- und Nebenstraßen eines Ortes. Die Verschiedenartigkeit der Entwicklung des Gemeingebrauchs zwingt den Richter in jedem einzelnen Fall zu einer äußerst gewissenhaften Überprüfung aller in Betracht kommenden Anhaltspunkte. Er muß insbesondere prüfen, was im allgemeinen in ähnlichen Fällen üblich ist, ob der Straßeneigentümer zur Duldung der betr. Benutzung der Straße kraft der Widmung für den öffentlichen Verkehr ohne weiteres verpflichtet ist, ob also Verkehrsanschauung und Übung dahin bestehen, daß er eine solche Benutzung ungefragt und unentgeltlich dulden muß. Hierbei wird es auf die jetzigen Verhältnisse und ihre geschichtliche Entwicklung ankommen. Eine feste Norm läßt sich keinesfalls geben. Der Richter wird nicht zu großzügig verfahren dürfen, wenn er auch der modernen Entwicklung des Verkehrs Rechnung tragen soll. Er muß aber die Interessen des Straßeneigentümers berücksichtigen, dem es nicht so sehr auf die sog. Anerkennungsgebühren als vielmehr auf die Sauberhaltung des Straßenbildes ankommt. Solange ein echtes Privateigentum an öffentlichen Wegen anerkannt wird, muß dieses auch vor unberechtigtem Gebrauch geschützt werden können. — Im übrigen ist die allgemeine und regelmäßige Gestaltung des Verkehrs entscheidend für die Grenzen des zulässigen Gemeingebrauchs. Seine natürlichen Schranken findet der Gemeingebrauch — wie es das ALR. bereits vorsah — an dem gleichen Recht aller übrigen Straßenbenutzer, denn jeder ist im Gebrauch der Straße durch das gleichmäßige Gebrauchsrecht der anderen Verkehrsteilnehmer beschränkt (RGZ. 123, 191 = JW. 1929, 1589[11]). Bei der Ausübung des Gemeingebrauchs darf nicht der Gemeingebrauch der anderen Wegebenutzer behindert werden. So darf z. B. die Lichtreklame eines Straßenanliegers nicht die Reklame seines Nachbarn beeinträchtigen (OLG. Breslau: JW. 1934, 3008). Der allgemeine Grundsatz, daß der Berechtigte auf die Interessen der Allgemeinheit und der anderen Volksgenossen Rücksicht zu nehmen hat, findet auf den Gemeingebrauch voll Anwendung. Der Gemeingebrauch muß daher rücksichtsvoll gegenüber den übrigen Straßenbenutzern und schonend gegenüber dem Eigentümer ausgeübt werden. — Diese Grenzen des Gemeingebrauchs gelten auch im Verhältnis vom Anlieger zum Straßeneigentümer. Der vom Anlieger ausgeübte Gemeingebrauch darf ebenfalls nicht die Benutzung anderer Grundstücke und den Gemeingebrauch der anderen Straßenbenutzer und Anlieger beeinträchtigen. — Gegen das Vorliegen eines Gemeingebrauchs spricht die Zahlung einer Vergütung. Denn aus dem Umstand, daß die Benutzungsmöglichkeit erst durch einen privatrechtlichen Vertrag mit dem Straßeneigentümer geschaffen wurde, kann geschlossen werden, daß der Eigentümer zur Duldung der Benutzung nicht schon auf Grund der Widmung der Straße für den öffentlichen Verkehr verpflichtet ist (RGZ. 132, 402 = JW. 1931, 2239).

Viele Anlagen an einer Straße, mögen sie innerhalb des Gemeingebrauchs liegen oder nicht, bedürfen einer polizeilichen Genehmigung. Die Erteilung einer derartigen, hauptsächlich verkehrs- oder baupolizeilichen Genehmigung spricht nicht unbedingt für das Vorliegen eines Gemeingebrauchs. Die Frage des Gemeingebrauchs ist von der Frage der polizeilichen Gestattung scharf zu trennen, denn für die polizeiliche Genehmigung sind andere Gesichtspunkte maßgebend (RGZ. 132, 401 = JW. 1931, 2239). Die Polizei ist zwar in der Lage, Benutzungen der Straße zu gestatten, die über den Gemeingebrauch hinausgehen. Damit besagt sie aber nur, daß der Benutzung polizeiliche Bedenken nicht entgegenstehen. Die polizeiliche Genehmigung erfolgt unbeschadet der Rechte des Straßeneigentümers. Wenn eine Benutzung der Straße den Gemeingebrauch übersteigt, so bleibt sie trotz polizeilicher Gestattung privatrechtlich unzulässig (Germersh. a. a. O. S. 97). Die Erlaubnis, eine Straße privatrechtlich zu benutzen, kann die Polizei überhaupt nicht geben. Mit ihrer Gestattung ist vielmehr eine Untersuchung und Entscheidung darüber, ob durch die Benutzung in Privatrechte eingegriffen wird, nicht verbunden. Die Polizei nimmt öffentliche Interessen wahr; ihre Erlaubnis hat nur die Bedeutung, daß aus den öffentlichen Interessen herzunehmende Bedenken nicht entgegenstehen. Die Erlaubnis liegt auf einem anderen als privatrechtlichen Gebiet und berührt das Eigentumsrecht des Straßeneigentümers nicht. Der Straßenbenutzer kann daher mit der über den Gemeingebrauch hinausgehenden polizeilichen Erlaubnis nur dann etwas anfangen, wenn er auf irgendeine Weise von dem Eigentümer ein Recht zur Benutzung des Straßenlandes erworben hat (RG.: JW. 1900, 570). Er bedarf zu einer über den Gemeingebrauch reichenden Benutzung auf alle Fälle der Einwilligung des Straßenunterhaltungspflichtigen und des Straßeneigentümers, denn dieser ist in seinem Eigentum nur innerhalb des Gemeingebrauchs beschränkt. — Jedoch ist die polizeiliche Erlaubnis für die Frage des Bestehens oder des Umfangs eines Gemeingebrauchs von gewisser Bedeutung. Die sich in der Gestattung zeigende Ansicht der Polizei kann dem Richter ein wertvoller Anhaltspunkt für die örtlichen Verkehrsverhältnisse sein. Die polizeiliche Stellungnahme wird daher von Bedeutung für die tatsächliche Beurteilung der Sachlage sein, denn der verkehrspolizeiliche Grundsatz der Offenhaltung der Straße wird vielfach die Grenze für die Ausdehnung des Gemeingebrauchs bilden (vgl. RGZ. 132, 401 = JW. 1931, 2239).

Wie bereits oben ausgeführt wurde, ist der Umfang des Gemeingebrauchs örtlich völlig verschieden. Den zahlreichen einschlägigen Entscheidungen der Gerichte lassen sich deshalb für die einzelnen Benutzungsarten nur wenige grundsätzliche Gesichtspunkte entnehmen. Es bedarf keiner Erörterung, daß der Gemeingebrauch an Straßen die Fortbewegung von Menschen und Sachen gestattet. Dies ist ja die ursprünglichste Aufgabe eines Weges. Auch muß der Wegeeigentümer seine Beleuchtung und die Anlegung und Unterhaltung der hierfür erforderlichen Anlagen dulden. Die Beleuchtung eines Weges steht in so enger Beziehung zu den Zwecken, für die der Weg bestimmt ist, daß der Eigentümer schon infolge der Widmung des Weges für den öffentlichen Verkehr alle diejenigen Einwirkungen auf den Weg dulden muß, die sich aus der Anlage der Beleuchtung ergeben (PrOVG. 74, 363). Nutzungen des Straßendamms, die nur durch Eingriff in den Straßenkörper möglich sind, können nicht als gemeingebräuchlich angesprochen werden, denn darin liegt eine Verfügung über die Straße, wie sie nicht jedermann treffen darf. Deshalb läßt sich z. B. aus dem Recht zum Gemeingebrauch keine Befugnis zur Anlegung einer Straßenbahn herleiten. Vom PrOVG. ist diese Frage für die Pferdebahn bereits schon vor langer Zeit dahin entschieden worden, daß eine derartige besondere Anlage im Straßenkörper nicht gemeingebräuchlich ist (PrVerwBl. 5, 249). Ein auf einem öffentlichen Weg liegendes Göpelwerk ist Teil einer maschinellen Einrichtung auf dem anliegenden Grundstück, deren Betrieb in den öffentlichen Weg hineinreicht. Diese Benutzung des öffentlichen Weges fällt nicht unter den Gemeingebrauch eines Fahrwegs (PrOVG. 55, 276). Selbst bei einer kleinen Ackerbürgerstadt geht das Aufklappen von Scheunentüren, so daß diese in erheblichem Umfang auf den Bürgersteig ragen, über den Gemeingebrauch hinaus (PrOVG. 55, 271). Eine Straße, die

für den Fahrverkehr allgemein zugelassen ist, kann ohne weiteres von Kraftfahrzeugen benutzt werden. Hier braucht m. E. auch kein Unterschied zwischen dem Verkehr mit Privatkraftwagen und dem mit Verkehrsomnibussen gemacht zu werden. Es liegt im Zuge der modernen Verkehrsentwicklung, den Omnibusverkehr unter den Begriff des Gemeingebrauchs fallen zu lassen, soweit hier nicht eine ungewöhnliche Benutzung der Straße erfolgt. — Nicht gemeingebräuchlich ist die Benutzung des Fahrdamms für die Beförderung außergewöhnlich großer Lasten und die Verwendung von Fahrzeugen, die den Fahrdamm besonders stark beanspruchen. So bestimmt auch § 5 StraßVerkO., daß durch die Beförderung ungewöhnlich schwerer oder umfangreicher Gegenstände die öffentliche Straße mehr als verkehrsüblich in Anspruch genommen wird. Wenn das WehrleistungsG. v. 13. Juli 1938 im § 10 Abs. 2 ausdrücklich bestimmt, daß Straßen und Wege erforderlichenfalls in einer Art und Weise benutzt werden können, die über den Gemeingebrauch hinausgeht, so ergibt sich daraus, daß eine Benutzung der Straße durch schwere Panzerwagen, Tanks usw. nicht im Rahmen des Gemeingebrauchs liegt. — Nicht unter den Gemeingebrauch rechnet ferner das Veranstalten von Straßenrennen (vgl. auch § 5 StraßVerkO.). — Schwierig ist die Frage der sog. Laternengarage. Die gerade in Großstädten z. Z. herrschende Garagennot zwingt viele Autobesitzer, ihre Wagen über Nacht auf der Straße stehen zu lassen. Zweifellos fällt eine vorübergehende Benutzung des Straßendamms zu Parkzwecken unter den Gemeingebrauch. Man muß aber bei der heutigen Verkehrsentwicklung auch die dauernde Aufstellung von Kraftwagen auf der Straße als gemeingebräuchlich ansehen, sofern die Wagen jederzeit betriebsfähig sind und den Verkehr nicht beeinträchtigen.

Eine besondere Betrachtung erfordert die Benutzung der Straße zu gewerblichen Zwecken. Eine gewerbliche Sondernutzung, die sich im Rahmen des Gemeingebrauchs hält, ist zuzulassen, denn der Gemeingebrauch erschöpft sich nicht nur in dem auf der Straße hin und her sich bewegenden Verkehr, sondern erstreckt sich auf den Verkehr im ganzen. Die Straße dient auch sonstigem allgemein ausgeübten Gebrauch. In gewissem Umfang ist daher der Straßenhandel als Gemeingebrauch gestattet. Eine allgemeine Verkehrsanschauung über ungehinderte und unentgeltliche Benutzung des Fahrdamms zum Straßenhandel als Gemeingebrauch an der Straße dürfte sich kaum in den deutschen Großstädten entwickelt haben. Andererseits ist es nicht grundsätzlich ausgeschlossen, daß auch das Betreiben eines Gewerbes auf der Straße mit einem festen Stand noch im Rahmen des Gemeingebrauchs fallen kann. Es kommt bei dieser Frage entscheidend darauf an, ob das jeweils ausgeübte Gewerbe unmittelbar den Zwecken und Bedürfnissen des Straßenverkehrs dient. Nur dann ist das Gewerbe auf der Straße noch als verkehrsüblich und deshalb im Rahmen des Gemeingebrauchs liegend anzusehen. Steht dagegen das Gewerbe nicht mehr in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Zweck der Straße, dem Verkehr zu dienen, so wird die Benutzung zu gewerblichen Zwecken nicht vom Gemeingebrauch umfaßt. Nicht ausschlaggebend ist, ob der Straßenverkehr das Gewerbe unbedingt erfordert. Das LG. Berlin hat (KGBl. 41, 39) den Handel mit Obst auf der Straße für den Berliner Verkehr nicht für erforderlich, sondern sogar für überflüssig gehalten, da dieser Handel allein den privaten Erwerbszwecken des Händlers diene. Diese Begründung dürfte den heutigen Anschauungen nicht mehr entsprechen. Gerade der z. T. an bestimmte Jahreszeiten gebundene Handel mit Obst wird zu gewissen Zeiten eine Verstärkung des Straßenhandels dringend erfordern. Trotzdem scheidet aber dieser Handel aus der verkehrsüblichen Art der Straßenbenutzung aus. Dem LG. ist ferner darin beizupflichten, daß auch das Recht des Straßenanliegers zum Gemeingebrauch nicht den Handel mit Obst in sich schließt, so daß der Verkauf von Obst in räumlich unbeschränktem Maß vor dem Hause, in dem der Händler wohnt, für Berlin nicht als gemeingebräuchlich angesehen werden kann. Ferner besteht in Berlin kein Gemeingebrauch dahin, daß mit Aufbau versehene Wagen zum Zwecke des Ausschanks von Getränken ohne Erlaubnis der Straßeneigentümerin an einem beliebigen Platz aufgestellt werden dürfen (LG. Berlin: KGBl. 40, 17). Die Benutzung einer Straße oder eines öffentlichen Platzes als Aufstellungsort für einen fahrbaren Verkaufsstand beträchtlichen Umfangs, von dem aus Nahrungs- oder Genußmittel verschiedenster Art gewerbsmäßig feilgeboten und verkauft werden, geht über den gewöhnlichen Gemeingebrauch hinaus. Dies gilt um so mehr, wenn der Händler an der Stelle, an der er seinen Verkaufsstand hält, nicht Anlieger an der Straße ist (WürttVGH.: RVerwBl. 1930, 200).

Diese Ausführungen über die Zulässigkeit des Straßenhandels im Rahmen des Gemeingebrauchs beschränken sich nicht auf den Fahrdamm, sondern gelten auch für den Bürgersteig. Hier wird ohne weiteres das Verkaufen von Zeitungen aus tragbaren Behältnissen als gemeingebräuchlich angesehen werden können. Zweifelhaft ist es dagegen schon, ob ein derartiges Zeitschriftenbehältnis auch dauernd auf den Bürgersteig gesetzt werden darf. RGZ. 125, 113 = JW. 1929, 3383 scheint dies nicht als unbedingt unzulässig anzusehen. Hier werden jedoch sehr genau die örtlichen Verhältnisse geprüft werden müssen. Vor einer zu weiten Ausdehnung des Gemeingebrauchs ist zu warnen. Die Straße ist in erster Linie für den Verkehr da und nicht für gewerbliche Zwecke. Feste Verkaufsstände zum Vertrieb von Zeitungen fallen für gewöhnlich nicht unter den Gemeingebrauch. Die Aufstellung von Fahrradparkern ist — gleichgültig, ob die Benutzung entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt — ebenfalls keine gemeingebräuchliche Benutzung des Bürgersteigs. Als nicht unter den Gemeingebrauch fallend muß ferner die Aufstellung von Verkaufsautomaten auf dem Bürgersteig angesehen werden, sofern diese in erheblichem Umfang das Straßenland beanspruchen. Es handelt sich hier um eine rein gewerbliche Nutzung, die nicht unmittelbar den Zwecken und Bedürfnissen des Straßenverkehrs dient und über den bisher anerkannten Gemeingebrauch hinausgeht. Anders ist es, wenn diese Automaten das Straßenland nur geringfügig in Anspruch nehmen. In diesem Fall sind sie wie an der Mauer frei hängende Automaten und Schaukästen als gemeingebräuchlich anzusehen. Auch ist es ohne Genehmigung des Straßeneigentümers nicht statthaft, Personenwaagen auf Straßenland zu stellen.

Der Gemeingebrauch ist nicht auf den Verkehr auf den öffentlichen Straßen beschränkt, sondern muß es ermöglichen, die anliegenden Grundstücke von der Straße aus zu betreten und Sachen in das Haus zu transportieren. Dies muß auch gelten, soweit diese Benutzung nicht zu persönlichen, sondern zu geschäftlichen Zwecken erfolgt. Zu dem Gemeingebrauch am Bürgersteig gehört grundsätzlich, daß der anliegende Hauseigentümer den Bürgersteig zur kurzfristigen Lagerung von Baustoffen und zum Aufstellen von Bauzäunen und Baugerüsten benutzen darf. Dies kann jedoch nur in angemessenem und unbedingt notwendigem Umfang zugelassen werden. Auch werden hier die Breite und die Verkehrsbedeutung der Straße eine Rolle spielen. Feste Maße lassen sich — wie überhaupt beim Gemeingebrauch — nicht geben. Wird die Straßenfläche zur Lagerung von Baumaterialien für eine längere Zeit und in größerem Umfang in Anspruch genommen, so fällt dies nicht unter den Gemeingebrauch. — Von besonderer Bedeutung ist heute die Benutzung des Bürgersteigs zu Tankzwecken. Zuzustimmen dürfte dem BayVGH. (JW. 1930, 2005) darin sein, daß die Zuleitung von Benzin in einem Schlauch über den Bürgersteig hinweg im Rahmen des Gemeingebrauchs liegt, wenn es sich nur um die Versorgung der eigenen Kraftfahrzeuge des Anliegers handelt. Dies stellt nur eine vorübergehende Verkehrshandlung dar. Anders ist es jedoch, wenn es sich um eine regelrechte Tankstelle handelt. In diesem Fall wird man genau die örtlichen Verkehrsverhältnisse und die geschichtliche Entwicklung nachprüfen müssen. Soweit sich die Tankstelle auf Straßenland befindet, wird man überwiegend nicht von Gemeingebrauch sprechen können. Steht die Tankstelle dagegen auf dem anliegenden Grundstück, so wird die Zu- und Abfahrt der tankenden Kraftwagen als gemeingebräuchlich anzusehen sein. — In den Großstädten spielen besonders in den Luftraum der Straße ragende Anlagen für die Frage des Umfangs des

Gemeingebrauchs eine große Rolle. Der über der Straße befindliche Luftraum ist Wegebestandteil und steht daher im Eigentum des Wegeeigentümers, regelmäßig also der Gemeinde. Denn ein öffentlicher Weg besteht nicht aus der Oberfläche allein, sondern setzt sich aus dieser, dem unter ihr befindlichen Grund und Boden und dem über ihr vorhandenen Luftraum zusammen (PrOVG. 59, 307). Die Entwicklung des Wirtschaftsverkehrs und der Technik hat besonders die Lichtreklame der Straßenanlieger entwickelt. Gegen die Zulässigkeit einer Lichtreklame bestehen keine grundsätzlichen Bedenken, denn die Straße hat auch den aus dem geschäftlichen Verkehr der Anlieger erwachsenden Bedürfnissen zu genügen. Die Lichtreklame ist in der Regel ohne Inanspruchnahme des Luftraums über der Straße nicht möglich. Der Gemeingebrauch erstreckt sich auch auf derartige Anlagen, soweit dies mit den sonstigen Zwecken der Straße vereinbar ist. Für Berliner Verhältnisse hat das RG. (RGZ. 123, 181 = JW. 1929, 1241) mit Recht einen in einer Breite von 1,20 m vom 2. bis 4. Stockwerk in eine große Geschäftsstraße hineinragenden Lichtreklamekasten als gemeingebräuchlich angesehen. Diese Lichtreklame entspricht nach Art und Umfang der neuzeitlichen Entwicklung des geschäftlichen Verkehrs auf der Straße. Sie ist schon wegen ihrer Höhe über dem Bürgersteig dem Verkehr nicht hinderlich und steht nicht den sonstigen Zwecken der Straße entgegen. — Das RG. will aber diese Ansicht nur auf Lichtreklameanlagen von mäßigem Umfang beschränkt sehen. Es hält z. B. ein Hotelschutzdach, das 4 m weit in die Straße hineinragt, für Berliner Verhältnisse nicht ohne weiteres für gemeingebräuchlich, da hier der Luftraum über der Straße in viel weiterem Flächenumfang in Anspruch genommen wird, als dies bei den üblichen Lichtreklamen der Fall ist (RGZ. 132, 398 = JW. 1931, 2239). Auch sind Lichtreklamen, die sich aus den Ladenschildern entwickelt haben, weit häufiger als Hotelschutzdächer. Die Frage der Gemeingebräuchlichkeit eines Hotelschutzdaches muß daher eingehend geprüft und auf die Verhältnisse der betreffenden Stadt abgestellt werden. Auch ein Vergleich mit anderen Städten kommt in Betracht, denn es ist anzunehmen, daß sich derartige Verkehrsanschauungen im allgemeinen in deutschen Städten gleichmäßig entwickelt haben. Das KG. hat für Berliner Verhältnisse (auf Rückverweisung in RGZ. 132, 398 = JW. 1931, 2239) ein Hotelvordach bis zu 2 m in den Straßenraum ragend als unter den Gemeingebrauch fallend angesehen. — Die Entwicklung des Rundfunks führte dazu, den Luftraum über der Straße für Antennen zu benutzen. Das Überqueren von Straßen durch Hochantennen ist auch heute noch nicht als gemeingebräuchlich anzusehen. Die tatsächlichen Verhältnisse sind hier anders als bei Lichtreklamen und Hotelschutzdächern. Denn diese hängen mit dem geschäftlichen Verkehr auf und an der Straße zusammen. Die Benutzung des Luftraums durch Antennendrähte steht jedoch in keinerlei Beziehung zu dem Straßenverkehr (vgl. auch LG. Altona: JW. 1930, 3492; LG. Dessau: JW. 1932, 3020).

Der Schutz des Gemeingebrauchs liegt der Polizei ob. Diese kann aber auch in die dem Straßenbenutzer aus dem Gemeingebrauch zustehenden Rechte eingreifen, den Umfang des Gemeingebrauchs regeln und beschränken. Für Preußen ergibt sich diese Befugnis der Polizei schon aus § 14 PolVerwG. Eine reichsrechtliche Regelung findet man z. B. im § 4 StraßVerkO., wonach die Polizei die Benutzung bestimmter Straßen aus Gründen der Sicherheit oder Leichtigkeit des Verkehrs beschränken oder verbieten kann. Diese Einschreitungsbefugnis der Polizei gilt nicht nur für die reine Straßenoberfläche, sondern auch für den Luftraum darüber (G e r m e r s h. a. a. O. S. 98).

Soweit der Gemeingebrauch reicht, kann der Straßeneigentümer für die Benutzung der Straße eine Vergütung nicht beanspruchen. Der Gemeingebrauch ist regelmäßig unentgeltlich. Dies gilt ebenfalls wieder für den Luftraum über der Straße. Insbesondere können die Städte für dessen Benutzung im Rahmen des Gemeingebrauchs keine Gebühr fordern, denn Gebühren sind nur zulässig für öffentliche Leistungen und für die Benutzung öffentlicher Einrichtungen. Etwas Derartiges stellt aber der Luftraum nicht dar, er bildet auch keine Anstalt (PrOVG. 28, 76). Der Straßeneigentümer ist auf Grund des Gemeingebrauchs verpflichtet, in dessen Rahmen fallende Handlungen zu dulden. Für eine ihm ohnehin obliegende Gestattung kann er kein Entgelt fordern. Soweit das privatrechtliche Eigentum an der Straße durch eine sich in den Grenzen des Gemeingebrauchs haltende Benutzung eingeschränkt ist, kommt eine vertragsmäßige Gestattung dieser Benutzung nicht in Betracht (RGZ. 132, 402 = JW. 1931, 2239). Eine vertragliche Vereinbarung über die Benutzung der Straße kann die Gemeinde als Eigentümerin nur dann treffen, wenn die Benutzung über den Gemeingebrauch hinausgeht. Ein Vertrag, der für eine innerhalb des Gemeingebrauchs liegende Benutzung der Straße dem Eigentümer eine Vergütung gibt, ist nichtig. Da die Benutzung schon auf Grund des Gemeingebrauchs gestattet ist, richtet sich der Vertrag auf eine von vornherein unmögliche Leistung.

Keine rechtlichen Bedenken bestehen dagegen, daß der Straßeneigentümer sich durch privatrechtlichen Vertrag zur Duldung einer über den Gemeingebrauch hinausgehenden Benutzung des Weges verpflichtet. Diese Duldung kann dann auch von der Zahlung einer Vergütung abhängig gemacht werden. Wenn der Straßenbenutzer die Straße über den Gemeingebrauch hinaus gebrauchen will, so bedarf er hierzu der besonderen Erlaubnis des Eigentümers. Diese Erlaubnis kann durch privatrechtliche Abmachung erteilt werden. Der Eigentümer kann hierbei die Erlaubnis unter Bedingungen erteilen und von der Zahlung einer Vergütung abhängig machen. Es steht in seinem freien Ermessen, ob er die Straße für eine Sondernutzung zur Verfügung stellt, ob er also ihre Benutzung für private, über den Gemeingebrauch hinausgehende Zwecke gestattet. Ein Rechtsanspruch auf Gestattung der Sondernutzung steht grundsätzlich niemand zu. Wer daher die Straße ohne Zustimmung des Eigentümers über die Grenzen des Gemeingebrauchs hinaus benutzen will, muß notfalls zum Enteignungsverfahren greifen (G e r m e r s h. a. a. O. S. 97 f.). — Die in der Rechtslehre entwickelten verschiedenen Ansichten über den Rechtscharakter einer derartigen Gestattungsvergütung mögen hier nicht näher dargelegt werden. Der Streit hat zum größten Teil keine praktische Bedeutung. Festzustellen ist nur, daß es sich in der Regel um eine Art Mietvertrag bei der privatrechtlichen Abmachung zwischen Benutzer und Straßeneigentümer handelt. Dies dürfte heute die herrschende Ansicht sein (vgl. G e r m e r s h. a. a. O. S. 98). Dem Charakter eines rein privatrechtlichen Mietvertrages steht nicht entgegen, daß der öffentliche Weg dem öffentlichen Gemeingebrauch gewidmet ist. Diese Eigenschaft der Straße schließt nicht den Erwerb von Privatrechten aus, soweit diese mit der öffentlichen Bestimmung der Straße vereinbar sind. Die Ansicht von S t a m m l e r (GruchBeitr. 70, 147), der Straßeneigentümer könne für eine Sondernutzung nur dann eine Entschädigung verlangen, wenn er besondere Aufwendungen machen müsse, ist nicht zutreffend. Besondere Aufwendungen sind nicht erforderlich. Allein die Tatsache, daß die Nutzung über den Gemeingebrauch hinausgeht, berechtigt zur Forderung einer Vergütung als Äquivalent für den Verzicht auf die dem Straßeneigentümer aus § 1004 BGB. zustehenden Rechte.

Soweit eine Benutzung der Straße nicht im Rahmen des Gemeingebrauchs liegt, kommt neben dem Unterlassungsanspruch des Eigentümers noch ein Verbietungsrecht der Wegepolizei in Betracht. Die Bestimmung des PrALR. im § 2 II 15, daß sich niemand ohne besondere Erlaubnis des Staates eine Verfügung über Land- und Heerstraßen anmaßen darf, gilt als allgemeiner Grundsatz für alle öffentlichen Wege (G e r m e r s h. a. a. O. S. 96). Die Polizei ist daher berechtigt, bei einer Überschreitung des Gemeingebrauchs einzuschreiten und die Sondernutzung zu verbieten. Die von ihr zu treffenden Maßnahmen stehen in ihrem pflichtmäßigen Ermessen. Genehmigt sie die Sondernutzung, so berührt sie damit — wie bereits oben ausgeführt — nicht die privaten Eigentumsrechte des Straßeneigentümers. Der Benutzer muß also noch neben der polizeilichen Genehmigung die Erlaubnis des Straßeneigentümers einholen. Bei Veranstaltungen, durch die öffentliche Straßen mehr als verkehrsüblich in Anspruch ge-

nommen werden, stellt § 5 StraßVerkO. das Erfordernis der polizeilichen Erlaubnis auf.

Für die Klagen, die sich aus der Frage des Gemeingebrauchs an öffentlichen Straßen ergeben, ist der ordentliche Rechtsweg zulässig. Dies ist eine notwendige Folge der Lehre vom privaten Eigentum an öffentlichen Straßen. Die Klage gründet sich auf ein rein privatrechtliches Verhältnis, das Eigentum an der Straße oder eine Art Mietvertrag, und geht auf eine dem Gebiet des Vermögensrechts angehörende Leistung (RGZ. 30, 246). Die Frage der allgemeinen, nicht auf einem besonderen privatrechtlichen Rechtstitel beruhenden Gebrauchsbefugnis an einer öffentlichen Straße gehört zwar dem öffentlichen Recht an. Der Straßeneigentümer macht jedoch mit der Untersagung der Benutzung einen negativen Eigentumsanspruch geltend, der auf privatrechtlichem Gebiet liegt. Diesem wird der Rechtsstreit nicht dadurch entrückt, daß der beklagte Benutzer die von ihm eingewandte Eingriffsbefugnis dem öffentlichen Recht entnimmt. Regelmäßig ist für den Streit über eine derartige Eingrifsbefugnis der ordentliche Rechtsweg zulässig, da ein bürgerlicher Rechtsstreit vorliegt. Hieran wird nichts dadurch geändert, daß die Entscheidung des Rechtsstreits die Beurteilung der öffentlich-rechtlichen Vorfrage nach dem Umfang des Gemeingebrauchs voraussetzt (RGZ. 131, 273 = JW. 1931, 1695[7]). Gegenstand des Rechtsstreits bleiben doch der Umfang der Befugnisse aus dem bürgerlich-rechtlichen Eigentum oder aus dem bürgerlich-rechtlichen Vertrag bzw. die dem Gemeingebrauch entspringenden Rechtsbefugnisse des Benutzers.

Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung des Abzahlungsverkäufers in die Kaufsache

Von Gerichtsassessor Dr. Theodor Kleinknecht, Nürnberg

Die Zwangsvollstreckung des Abzahlungsverkäufers in die noch nicht voll bezahlte Kaufsache ist bisher allgemein für zulässig erachtet worden. Eine Art der Verwertung der gepfändeten Abzahlungssache hat jedoch ein Teil der jüngeren Rechtsprechung für unzulässig erklärt, nämlich die Übertragung auf den vollstreckenden Verkäufer nach § 825 ZPO., weil dieser dadurch die Sache unter Umgehung der zugunsten des Käufers bestehenden Schutzbestimmungen des AbzG. zurückerlangen könnte. (So LG Berlin: JW. 1931, 3583; LG. Düsseldorf: JW. 1931, 2182; Crisolli: JW. 1934, 1817 ff.). Darüber hinaus ist auch der Rückerwerb des Abzahlungsverkäufers durch Pfändung und darauf folgende Selbstersteigerung als Umgehung des AbzG. erkannt worden (vgl. Crisolli a. a. O.; LG. Berlin: JW. 1938, 2300).

Eine wesentliche Vertragspflicht des Abzahlungsverkäufers ist es, dem Käufer den unmittelbaren Besitz an der Kaufsache und die damit verbundene Nutzung zu übertragen und zu belassen. Gibt der Verkäufer, der sich das Rücktrittsrecht nach § 1 AbzG. oder das Eigentum nach § 455 BGB. vorbehalten hat, dem in Verzug geratenen Käufer seinen Willen kund, ihm den Besitz wieder zu entziehen, so liegt hierin eine Rücktrittserklärung. Nimmt der Verkäufer die Sache wieder an sich, gleichgültig aus welchem Rechtsgrund, ohne den Willen zum Rücktritt, so gilt dies kraft gesetzlicher Fiktion nach § 5 AbzG. als Rücktritt von dem Kaufvertrag. Da bei der Auslegung des AbzG. nicht der Wortlaut, sondern sozialpolitische Gesichtspunkte entscheiden, steht fest, daß die Rücktrittsfolgen nach § 5 AbzG. nicht erst mit der vollendeten Wiederansichnahme eintreten, sondern schon dann, wenn der Verkäufer dem Käufer den unmittelbaren Besitz der Abzahlungssache nimmt oder nehmen läßt. Ob der Besitz anschließend auf den Verkäufer übergeht oder nicht, ist dabei gleichgültig (RGZ. 139, 206 = JW. 1933, 909 f.).

Es spielt auch keine Rolle, um welche Art des Abzahlungsgeschäftes es sich hierbei handelt. Auch wenn sich der Verkäufer weder das Rücktrittsrecht noch das Eigentum vorbehalten hat, gilt im Falle des Verzugs des Käufers die durch den Verkäufer veranlaßte Besitzentziehung als Rücktritt nach § 5 AbzG.

Beantragt der Verkäufer, der sich das Rücktrittsrecht oder das Eigentum vorbehalten hat, daß ihm die Abzahlungssache nach § 825 ZPO. übertragen werde, so tritt er damit von dem Abzahlungsgeschäft zurück (§ 1 AbzG.; § 455 BGB.). Der Rücktritt wird wirksam, wenn der Antrag dem in Zahlungsverzug befindlichen Käufer zugeht (§ 349 BGB.), regelmäßig also mit der Mitteilung durch das Gericht. Ist es durch den Antrag noch nicht zu einem wirksamen Rücktritt gekommen — etwa weil dazu beim Fehlen eines Vorbehalts des Eigentums oder des Rücktrittsrechtes die Erfordernisse des § 326 BGB. erfüllt sein müssen —, so ist doch die Verwertung der Abzahlungssache durch Zwangsübertragung auf den Verkäufer nicht durchzuführen, ohne daß vorher nach § 5 AbzG. die Rücktrittsfolgen eintreten. Denn zur Zwangsüberweisung gehört, daß dem Erwerber die Sache ausgehändigt wird (Jonas, § 825 ZPO. Anm. II 3; RG.: JW. 1930, 264[12]). Vorher muß die Sache dem Käufer also erst weggenommen werden. Dadurch aber treten sofort, somit noch vor Beendigung der Zwangsvollstreckung, die Folgen des Rücktritts ein.

Auch bei jeder anderen Art der Verwertung muß dem Käufer vorher die Sache durch den Gerichtsvollzieher entzogen werden. Dieser Besitzverlust des Käufers ist stets durch den betreibenden Verkäufer veranlaßt und zieht die Rücktrittsfolgen nach sich.

Bei den Abzahlungsgeschäften mit Rücktritts- oder Eigentumsvorbehalt wird meist schon vor der Besitzentziehung durch den Gerichtsvollzieher eine wirksame Rücktrittserklärung des Verkäufers vorliegen. Sie ist schon im Pfändungsauftrag zu sehen, wenn sich dieser erkennbar auf die Abzahlungssache erstreckt, da die Zwangsvollstreckung ihrem Wesen nach auf die Entziehung des unmittelbaren Besitzes gerichtet ist. (Vgl. LG. Berlin: JW. 1938, 2300; LG. Dortmund: JW. 1938, 1830; Staudinger, 10. Aufl., § 455 BGB. Anm. 62.) Es kommt hier jedoch weniger darauf an, zu untersuchen, wann die Rücktrittsfolgen Platz greifen, sondern hauptsächlich auf die Feststellung, daß sie notwendig vor der Vollendung der Zwangsvollstreckung eintreten.

Hieraus ergibt sich folgendes:

a) Der Abzahlungskäufer kann stets vor Beendigung der Vollstreckung in die Kaufsache, falls sie der Verkäufer aus dem Kaufpreistitel betreibt, die Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO. erheben. Diese Berechtigung entsteht mit dem Eintritt der Rücktrittsfolgen; denn dadurch wird der Abzahlungsvertrag aufgelöst, was bewirkt, daß die im Urteil festgestellte Kaufpreisforderung ebenfalls nicht mehr besteht. Gleichzeitig kann der Käufer im Wege des § 769 ZPO. die weitere Vollstreckung in die Abzahlungssache verhindern.

b) In jedem Fall, wo es bei der vom Verkäufer aus dem Kaufpreisurteil oder aus einem anderen Titel betriebenen Vollstreckung bis zur Verwertung der Abzahlungssache kommt, wird das AbzG. unter Mitwirkung der staatlichen Organe umgangen. Denn nach Auflösung des Abzahlungsvertrages braucht der Käufer die Sache nur nach Feststellung und Zug um Zug gegen Erfüllung seiner etwaigen Gegenansprüche nach dem AbzG. herauszugeben. Dieses Ziel wird aber durch jede Verwertung im Vollstreckungswege vereitelt. Die vorgeschriebene Auseinandersetzung zwischen den ehemaligen Vertragsparteien kann nicht mit dem Vollstreckungsverfahren verbunden und von den Vollstreckungsorganen durchgeführt werden, weil diese nicht zur Entscheidung über die materiellen Ansprüche der Parteien berufen sind (LG. Berlin: JW. 1938, 2300).

Da jede Durchführung der Vollstreckung des Verkäufers in die Abzahlungssache eine Umgehung des AbzG. mit staat-

licher Hilfe bedeutet, zeigt sich, daß derartige Zwangsvollstreckungen ausgeschlossen sind.

Man erkennt somit als weiteren Befehl des Abzahlungsgesetzes:

Die Abzahlungssache unterliegt vor ihrer völligen Bezahlung durch den Käufer nicht der Pfändung durch den Verkäufer.

Diese Vollstreckungsbeschränkung ist, wie eine solche nach § 811 ZPO., von Amts wegen zu beachten. Kommt es dennoch zur Pfändung, so stehen dem Käufer die Erinnerungen nach § 766 ZPO. zu. Ergeben sich die Voraussetzungen für die Unpfändbarkeit im Laufe des Vollstreckungsverfahrens, so ist dessen Einstellung von Amts wegen zu beschließen. Dabei ist es gleichgültig, aus welchem Titel die Vollstreckung betrieben worden ist.

Die dadurch bedingte Schlechterstellung des Abzahlungsverkäufers gegenüber anderen Gläubigern ist vom Gesetz gewollt, da es in erster Linie den Schutz des regelmäßig wirtschaftlich schwächeren Käufers bezweckt (LG. Berlin a. a. O.).

Kommt es zur Pfändung aus dem Kaufpreistitel und sind die Voraussetzungen des Rücktritts oder des § 5 AbzG. gegeben, so hat der Käufer nicht nur die Erinnerungen nach § 766 ZPO. zur Seite, sondern auch die Möglichkeit der Vollstreckungsgegenklage.

Die Vollstreckung des Verkäufers in die unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sache und § 825 Zivilprozeßordnung

Von Landgerichtsdirektor Dr. Püschel, Berlin

Seit Jahrzehnten ist folgendes Verfahren üblich:

Ein Abzahlungsverkäufer, der die Kaufpreisraten für die unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sachen nicht dem Vertrage entsprechend gezahlt erhält, verklagt den Käufer auf Zahlung des Kaufpreises, statt vom Vertrage zurückzutreten oder die Kaufsache wieder an sich zu nehmen. Auf Grund des Zahlungstitels läßt der Verkäufer die Abzahlungssachen pfänden. Bald ersteigert er sie selbst, bald ein Dritter. Vielfach läßt er sich die Sachen nach § 825 ZPO. von dem Vollstreckungsgericht zu einem bestimmten Preise übereignen.

Bis zum Jahre 1933 hatte die herrschende Meinung kein Bedenken gegen ein solches Verfahren des Abzahlungsverkäufers. Obwohl man es für rechtlich unmöglich hielt, daß jemand ein Pfändungspfandrecht an seiner eigenen Sache erwirbt. Die Begründung der herrschenden Meinung, insbesondere die des RG.[1]), ging dahin:

Wenn ein Abzahlungsverkäufer die unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sache pfänden läßt, so ist das zulässig wie jede andere Pfändung von Sachen, die dem Schuldner nicht gehören. Wo kein Kläger ist, da ist auch kein Richter. Die ZPO. überläßt es demjenigen, der an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht hat, sein Recht durch die Widerspruchsklage des § 771 ZPO. geltend zu machen. Der Gerichtsvollzieher hat die materielle Rechtslage und ihre Folgen nicht zu prüfen. Wenn der pfändende Gläubiger selbst der Eigentümer ist, kommt eine Widerspruchsklage nicht in Frage. Die Zwangsvollstreckung des Abzahlungsverkäufers kann also durchgeführt werden. Mag er auch durch die Pfändung ein Pfändungspfandrecht nicht erlangt haben, so kann er doch die Sachen in der Versteigerung erwerben.

Die rechtliche Konstruktion dieser Selbstersteigerung war und ist nicht ganz einfach. Zunächst entsteht für den Abzahlungsverkäufer kein Pfandrecht. Aber im Augenblick der Ersteigerung spielt sich folgendes ab: Der Verkäufer verzichtet auf sein Eigentum an der Pfandsache. Der Käufer wird Eigentümer. Der Verkäufer erwirbt ein Pfändungspfandrecht an der Kaufsache. Er erfüllt gleichzeitig seine Pflicht aus dem Abzahlungsgeschäft, da er den Käufer zum Eigentümer der Pfandsachen macht. Und in derselben Sekunde, wo dies geschieht, wird der Verkäufer in seiner Eigenschaft als Ersteher Eigentümer einer Sache, deren Eigentümer er bisher schon war. — Etwas viel an rechtlicher Konstruktion. Selbst für denjenigen, der bei den klassischen Juristen Roms in die Schule gegangen.

Da die herrschende Meinung eine Pfändung und Selbstersteigerung für erlaubt hielt, bestand auch kein rechtliches Bedenken, dem Abzahlungsverkäufer durch Anordnung des Vollstreckungsgerichts nach § 825 ZPO. das Eigentum an der von ihm gepfändeten Sache zu übertragen. Denn die Anordnung aus § 825 ZPO. ist, wie man richtig erkannte, nichts weiter als eine von der regelmäßigen Verwertung abweichende anderweite Verwertung der Pfandsache. Sie soll angeordnet werden, wenn die freihändige Übereignung eine für beide Teile günstigere Verwertung darstellt, als es die Versteigerung durch den Gerichtsvollzieher sein würde[2]).

Die rechtliche Konstruktion bei der Anordnung aus § 825 ZPO. ist ähnlich der bei der Selbstersteigerung. Auch hier wieder ein Verzicht des Abzahlungsverkäufers auf das Eigentum. Die einen erblicken den Verzicht in dem Antrag aus § 825 ZPO., die anderen nehmen einen Verzicht erst mit dem Erlaß der gerichtlichen Anordnung an. Bald soll schon der Augenblick entscheidend sein, in dem der Beschluß des Vollstreckungsgerichts erlassen wird. Bald läßt man die Wirkungen des Eigentumsverzichts erst mit der Rechtskraft des Beschlusses eintreten. Besonders schwierig ist die Sache, wenn das Vollstreckungsgericht sich in seinem Beschlusse nicht klar darüber ausspricht, in welchem Augenblick der Abzahlungsverkäufer das Eigentum erwerben soll. Dann kommt es darauf an, wann der Gerichtsvollzieher auf Grund des Beschlusses des Vollstreckungsgerichts die Sache dem Abzahlungsverkäufer übergibt. Zur Zwangsüberweisung gehört, daß die Sache dem Erwerber ausgehändigt wird[3]).

Nach der Machtübernahme setzten die Angriffe gegen das eben geschilderte Verfahren stärker als bisher ein. Man sah darin eine Umgehung des AbzG., die im nationalsozialistischen Staate nicht geduldet werden dürfe. Am eingehendsten hat sich Crisolli[4]) mit dem Problem befaßt. Er gelangt zu folgendem Ergebnis: Ein Abzahlungsverkäufer, der die von ihm gepfändete Kaufsache ersteigert, tritt damit vom Vertrage zurück. Ist er durch den Erlös der Sache wegen seiner gesamten Kaufpreisforderung befriedigt, so kann der Käufer die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung nicht mehr durch eine Zwangsvollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO. geltend machen. Denn die Zwangsvollstreckung ist beendet. Wohl aber kann der Käufer seine evtl. Ansprüche auf Rückzahlung der Kaufpreisraten durch eine neue Klage verfolgen. Wenn der Verkäufer durch den Erlös noch nicht befriedigt ist, steht dem Käufer insoweit der Weg des § 767 ZPO. offen. Er kann einwenden, daß der Verkäufer infolge seines Rücktritts keine Kaufpreisforderung mehr hat. Außerdem kann er seinen Anspruch auf Rückzahlung der Raten nach §§ 1, 2 AbzG. einklagen, und zwar gleichzeitig mit der Klage aus § 767.

Bei dem Verfahren aus § 825 ZPO. geht die Ansicht von Crisolli dahin: Schon in dem Antrag des Abzahlungsverkäufers an das Vollstreckungsgericht liegt der Rücktritt. Die dem Urteil zugrunde liegende Kaufpreisforderung ist durch den Rücktritt vernichtet. Das Vollstreckungsgericht muß bei dieser Rechtslage eine Anordnung aus § 825 ZPO. von vornherein ablehnen. Mag der Käufer nach §§ 767, 769 ZPO. vorgegangen sein oder nicht. Das Vollstreckungsgericht kann aber auch den Antrag aus § 825 ZPO. so umdeuten, daß

[1]) RGZ. 79, 244 = JW. 1912, 690.

[2]) LG. Berlin, 57. ZK.: JW. 1934, 1870.

[3]) RG.: JW. 1930, 264[12].

[4]) Crisolli: JW. 1934, 1819 ff.

der Abzahlungsverkäufer damit die Herausgabe der Abzahlungssache nach § 1 AbzG. verlangt. In einem solchen Falle entscheidet dann das Vollstreckungsgericht und nicht das Prozeßgericht über die Folgen des Rücktritts und über die wesentliche Frage, wieviel der Käufer für Be- und Abnutzung zu entrichten hat.

Die ungleiche Behandlung der Selbstersteigerung und des Antrages aus § 825 ZPO. ist m. E. mit dem Gesetz nicht vereinbar. Über die gleichen materiellen Fragen soll dort das Prozeßgericht, hier das Vollstreckungsgericht entscheiden. Die ZPO. hat dem Vollstreckungsgericht ganz bestimmte Aufgaben zugewiesen. Der einzelne Vollstreckungsrichter kann sich über diese gesetzliche Regelung nicht mit der Begründung Crisollis hinwegsetzen, daß es im Interesse der Beschleunigung der Sache oder „zur Erreichung der Ziele der neueren Rechtsentwicklung" zweckmäßig sei, wenn er an Stelle des Prozeßgerichts entschiede. Zuständigkeitsfragen sind keine Taktfragen und keine Ermessensfragen. Es sind auch keine Fragen, die man nach gesundem Volksempfinden so oder anders entscheiden kann. Solange die ZPO. für Einwendungen, die den materiellen Anspruch selbst betreffen, d. h. für Klagen aus § 767 ZPO., das „Prozeßgericht" ausschließlich zuständig sein läßt, ist der Vollstreckungsrichter hieran gebunden und kann nicht einfach aus Gründen der Prozeßökonomie an Stelle des Prozeßrichters entscheiden. Auch die nationalsozialistische Gesetzgebung hat an dem strengen Unterschied zwischen Prozeßgericht und Vollstreckungsgericht festgehalten. Es wäre ihr ein leichtes gewesen, den Unterschied fallen zu lassen und dem Vollstreckungsgericht zu gestatten, auch solche Fragen zu entscheiden, die den zugrunde liegenden materiellen Anspruch selbst betreffen. Von dieser Möglichkeit hat der nationalsozialistische Gesetzgeber, obwohl er sich wiederholt mit dem Vollstreckungsrecht befaßt hat, nicht Gebrauch gemacht. Das ist zweifellos absichtlich nicht geschehen! Deshalb müssen die Vollstreckungsgerichte auch weiterhin tagtäglich den Schuldnern in Hunderten von Fällen eröffnen, daß sie mit gewissen von ihnen vorgebrachten Einwendungen nur vor dem Prozeßgericht und nicht vor dem Vollstreckungsgericht gehört werden können. So ist es z. B. im Offenbarungseidverfahren, so bei der Pfändung von Lohnansprüchen und bei Räumungsschutzanträgen nach dem Gesetz v. 13. Dez. 1934.

Anders kann es auch nicht bei einem Antrage des Abzahlungsverkäufers aus § 825 ZPO. sein. Nach dem Gesetz ist es nicht Aufgabe des Vollstreckungsgerichts, über materielle Ansprüche der Parteien zu entscheiden. Deshalb darf der Vollstreckungsrichter einen Antrag aus § 825 ZPO. nicht einfach als Klage auf Herausgabe der Sache behandeln und statt des Prozeßgerichts darüber entscheiden. Dies auch dann nicht, wenn er der Meinung ist, seine Behandlung der Sache entspräche den neueren Anschauungen. Es ist nicht Aufgabe des Richters, vom Gesetzgeber erlassene Zuständigkeitsvorschriften, die der nationalsozialistische Staat bewußt in Geltung belassen hat, einfach deshalb nicht anzuwenden, weil sie seiner Meinung nicht mehr zeitgemäß seien oder die Erledigung des Verfahrens verzögerten.

Abgesehen hiervon führt der Standpunkt von Crisolli noch zu einer anderen ungleichen Behandlung der Ersteigerung und des Verfahrens aus § 825 ZPO.: Bei der Selbstersteigerung gelangt der Verkäufer in den Besitz der Kaufsache, und dann erst kann der Käufer seine Ansprüche aus §§ 1, 2 AbzG. geltend machen. Im Falle von § 825 ZPO. erhält der Verkäufer die Abzahlungssache erst zurück, nachdem vorher die Ansprüche des Käufers auf Rückzahlung von Kaufpreisraten erledigt sind. Diese verschiedene Behandlung beider Fälle ist ungerechtfertigt. Denn der zugrunde liegende Tatbestand ist beidemal der gleiche: die Pfändung der unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sache durch den Verkäufer. Solange man, wie auch Crisolli es tut, daran festhält, daß ein Abzahlungsverkäufer seine eigene Sache pfänden lassen kann, solange geht es nicht an, einen Antrag aus § 825 ZPO. anders zu behandeln als einen Auftrag des Abzahlungsverkäufers an den Gerichtsvollzieher, daß dieser Versteigerungstermin anberaumen solle. Wenn der Gerichtsvollzieher als Vollstreckungsorgan des Staates den Auftrag des Abzahlungsverkäufers auf Ansetzung eines Versteigerungstermines nicht mit der Begründung ablehnen darf, es sei dies ein Rücktritt vom Vertrage und eine unzulässige Geltendmachung der Vollstreckungsforderung, dann darf auch das Vollstreckungsgericht, ebenfalls ein Vollstreckungsorgan des Staates, nicht mit der gleichen Begründung einen Antrag aus § 825 ZPO. von Anfang an als unzulässig zurückweisen.

Es gibt hier nur ein Entweder-Oder. Entweder hat das Vollstreckungsorgan von Amts wegen zu prüfen, ob der Schuldtitel noch der wahren Rechtslage entspricht. Dann gilt dies in gleicher Weise für den Gerichtsvollzieher wie für das Vollstreckungsgericht. Oder das Vollstreckungsorgan hat den Schuldner mit seinen materiellen Ansprüchen an das Prozeßgericht zu verweisen. Dann muß dies das Vollstreckungsgericht ebenso tun wie der Gerichtsvollzieher.

Neuerdings hat die 27. ZK. des LG. Berlin[5]) sich insoweit der Ansicht von Crisolli angeschlossen, als sie in dem Antrage des Abzahlungsverkäufers aus § 825 ZPO. einen Rücktritt vom Vertrage erblickt. Einen Rücktritt, den das Vollstreckungsgericht von Amts wegen zu berücksichtigen habe. Deshalb müsse das Vollstreckungsgericht, ohne daß es den Käufer zu hören brauche, und ohne daß es über die gegenseitigen materiellen Verpflichtungen aus §§ 1, 2 AbzG. zu entscheiden habe, den Antrag des Abzahlungsverkäufers auf Übereignung der Sache von vornherein als unzulässig zurückweisen. Der Käufer hat nach Ansicht der 27. ZK. zwar auf Grund des Rücktritts des Verkäufers sofort die Zwangsvollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO. Das Vollstreckungsgericht dürfe aber nicht erst warten, bis der Käufer die Klage aus § 767 erhoben oder eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 769 ZPO. erwirkt habe. Das Vollstreckungsgericht habe die materielle Rechtslage, wie sie aus der Auflösung des Vertrages folge, nicht außer acht zu lassen. Es müsse von Amts wegen in Betracht ziehen, daß die vom Abzahlungsverkäufer gewünschte Übereignung auf Grund eines materiell nicht mehr bestehenden Titels geschähe.

Hierzu ist zu sagen: Die 27. ZK. lehnt mit Recht den Vorschlag Crisollis ab, den Antrag aus § 825 ZPO. in einen Anspruch des Verkäufers auf Herausgabe der Sache umzudeuten und das Vollstreckungsgericht über die Ansprüche der Parteien aus §§ 1, 2 AbzG. befinden zu lassen. Zutreffend ist auch die Begründung, die die Kammer für diese Ablehnung gibt: „es ist nicht die Aufgabe des Vollstreckungsgerichts und nicht der Zweck des § 825 ZPO., über materielle Ansprüche der Parteien zu entscheiden". Wenn aber das Vollstreckungsgericht sich um die materiellen Ansprüche der Parteien nicht zu kümmern hat, dann gilt dies auch für die Frage, ob der Antragsteller des § 825 ZPO. vom Vertrage zurückgetreten und ob damit sein Urteilsanspruch erloschen ist. Oder m. a. W. das Vollstreckungsgericht hat es dem Schuldner zu überlassen, den Untergang des materiellen Vollstreckungsanspruches auf dem vom Gesetz hierfür vorgeschriebenen Wege des § 767 ZPO. geltend zu machen. Es kann nicht einfach, ohne Anhörung des Schuldners, den Antrag des Abzahlungsverkäufers mit der Begründung zurückweisen, in seinem Antrage sei ein Rücktritt von dem Kaufvertrag zu erblicken. Ebensowenig darf der Gerichtsvollzieher den Auftrag des Abzahlungsverkäufers auf Ansetzung des Versteigerungstermins mit dem Hinweise ablehnen, der Verkäufer habe damit seinen Rücktritt vom Vertrage erklärt. Im übrigen liegt eine Ausübung des Rücktrittsrechts m. E. weder in der Pfändung noch in dem Auftrage an den Gerichtsvollzieher auf Ansetzung eines Versteigerungstermins noch in dem Antrage aus § 825.

Eine ganz andere Frage ist die, ob mit der Pfändung, mit der Selbstersteigerung oder mit dem Antrage aus § 825 ZPO. etwa eine bewußte Umgehung des AbzG. gegeben ist. Eine Umgehung, zu deren Ermöglichung die Vollstreckungsorgane natürlich nicht ihre Hand bieten dürfen. Hier muß man auf den Zweck des AbzG. zurückgehen. Das AbzG. will den Käufer davor schützen, daß er durch den Verkäufer Besitz und Nutzungen der Sache verliert, obwohl er für die Zahlung des Kaufpreises weiter haftet. So das RG.: JW.

[5]) LG. Berlin, 27. ZK.: JW. 1938, 2300.

1933, 909⁹. Es kommt nach Ansicht des RG. a. a. O. nicht darauf an, ob der Verkäufer den alleinigen Besitz der Sache zurückerlangt, sondern darauf, ob der Käufer auf Veranlassung des Verkäufers den Besitz einbüßt, der es ihm ermöglicht, die Sache zu benutzen.

Wenn der Abzahlungsverkäufer die Sache selbst ersteigert oder wenn sie ihm durch Anordnung des Vollstreckungsgerichts nach § 825 ZPO. übereignet wird, so verliert der Abzahlungskäufer Besitz und Nutzungen der Sache. Eine Umgehung des AbzG. würde vorliegen, wenn der Käufer trotz des Verlustes von Besitz und Nutzungen der Kaufsache weiter für die Zahlung des Kaufpreises haftbar bliebe und keinen Anspruch auf Rückzahlung der Kaufpreisraten hätte. Das Gegenteil ist aber der Fall. Sowohl in der Selbstersteigerung wie in der Übereignung nach § 825 ZPO. liegt ein „Wiederansichnehmen" der Kaufsache im Sinne von § 5 AbzG. Dieses Wiederansichnehmen und nur dieses ist nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 5 einem Rücktritt vom Vertrage gleich zu erachten. Oder m. a. W.: In dem Augenblick, in dem der Abzahlungskäufer durch die Selbstersteigerung oder auf Grund des Beschlusses des Vollstreckungsgerichts Besitz und Nutzungen der Abzahlungssache endgültig verliert, erwirbt er einen Anspruch auf Rückzahlung der Kaufpreisraten, unter Abzug eines angemessenen Betrages für Be- und Abnutzung. Und diesen Anspruch kann der Käufer durch Klage geltend machen. Es ist also nicht richtig, daß der Abzahlungsverkäufer durch eine Pfändung der Kaufsache und ihre daran angeschlossene Selbstersteigerung oder durch eine Übereignung nach § 825 ZPO. das AbzG. umgehen und den Käufer um seine Ansprüche aus §§ 1, 2 dieses Gesetzes bringen kann.

Das Ergebnis ist dahin zusammenzufassen:

Nach dem jetzigen Stand der Gesetzgebung ist es zulässig, daß ein Abzahlungsverkäufer die unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sache auf Grund eines Kaufpreisurteils pfänden läßt. Darin liegt kein Rücktritt vom Vertrage und keine Wiederansichnahme. Es ist weiter zulässig, daß der Abzahlungsverkäufer die Sache selbst ersteigert oder sie sich nach § 825 ZPO. vom Vollstreckungsgericht übereignen läßt. Hierin ist aber ein Wiederansichnehmen i. S. von § 5 AbzG. zu sehen. Etwas ganz anderes ist es, ob man es bei der augenblicklichen Regelung beläßt. Ich würde es für unbedingt notwendig halten, daß der Gesetzgeber künftig zur Vermeidung jeden Zweifels klar ausspricht, ob der Abzahlungsverkäufer vor der vollständigen Haftung des Kaufpreises die Kaufsache pfänden darf oder nicht. Ebenso müßte eventuell klar zum Ausdruck gebracht werden, ob etwa das Vollstreckungsgericht auch über die materiellen Ansprüche der Parteien, wie sie sich aus einer Auflösung des Vertrages ergeben, zu entscheiden hat.

Schmerzensgeld

Ein Beitrag zur verkehrsrechtlichen Praxis

Von Gerichtsassessor Dr. Wolfgang Meyer, Berlin

§ 253 BGB. bestimmt, daß wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz vorgesehenen Fällen gefordert werden kann. § 847 BGB. ist einer dieser Fälle, zugleich der wichtigste. Sein größter Anwendungsbereich liegt wohl auf dem Gebiete der Unfallprozesse. Indem das Gesetz sagt, der Verletzte könne wegen seines immateriellen Schadens eine „billige" Entschädigung in Geld verlangen, stellt es den Richter in jedem einzelnen Falle vor die schwere Aufgabe, „rechtsschöpferisch" zu wirken.

Während der materielle Schaden bewiesen werden kann und muß — eine Erleichterung bildet hier lediglich § 287 ZPO. —, kann und braucht der immaterielle Schaden nicht belegt zu werden. Gesundheit und Freiheit sind Güter, deren Verlust niemals mit Geld aufzuwiegen ist. „Schmerzensgeld" ist daher schon an sich ein Widerspruch, „angemessenes Schmerzensgeld" noch ein weit größerer, denn zwischen Schmerzen und Geld kann nicht gemessen werden.

War nicht im ersten Falle, in welchem Schmerzensgeld zugesprochen wurde, bloßes Gutdünken bestimmend. Hätte nicht damals, wo vielleicht ein verletzter Finger in Frage stand, ein Betrag von 30 oder auch 300 RM zugebilligt werden können? Wie oft muß auch heute noch der Richter erleben, daß es dem Opfer eines Verkehrsunfalls unfaßlich ist, wenn ihm etwa für den Verlust eines Beines ein Schmerzensgeld von 3000 RM zugesprochen werden soll, während der Schädiger dadurch seinen wirtschaftlichen Zusammenbruch besiegelt sieht. 30 000 M hätte der Verletzte, 300 RM die andere Partei erwogen.

Je schwerer der immaterielle Schaden ist, um so offenbarer wird seine Unmeßbarkeit in Geld, um so undankbarer die Aufgabe des Richters, die „billige" Entschädigung festzusetzen. Und doch ist eine möglichst zufriedenstellende Lösung dieser Aufgabe unbedingte Notwendigkeit. Der Rechtsuchende ist, wenn er ein Urteil in Händen hält, nur zu leicht geneigt, alle Schwierigkeiten, die das Leben selbst bereitet, als vertretbare Unzulänglichkeiten des Richters anzusehen. Nur wenn die Rechtsprechung, was die Frage des Schmerzensgeldes angeht, trotz aller Verschiedenheiten, die fast genau so groß sind, wie die Zahl der zur Entscheidung kommenden Fälle, Einheitlichkeit und Klarheit erkennen läßt, besteht Hoffnung, beim Rechtsuchenden, wenn auch nicht Zufriedenheit, so doch Verständnis und Einsicht zu erwecken.

Aus diesen Erwägungen heraus lohnen alle Bemühungen, in der Frage des Schmerzensgeldes feste Grundsätze zu gewinnen. Es sei erlaubt, im folgenden eine Übersicht und Erweiterung der wichtigsten bisher erlangten — teils allgemein gebilligten, teils heftig bekämpften — zu geben.

Im Sinne der §§ 253, 847 BGB. schließt Schaden, der nicht Vermögensschaden ist, alle Benachteiligungen des Verletzten in sich ein, die nicht mit einer Minderung des Vermögens in Gegenwart oder Zukunft verbunden sind, keine Aufwendungen veranlaßt und den wirtschaftlichen Erwerb nicht beeinträchtigt haben (RGRKomm., § 847 Anm. 4). Neben den Ersatz für materiellen Schaden tritt also eine weitere Entschädigung hinzu, die nicht dem Vermögen des Verletzten etwas ihm entzogenes wieder zuführen, sondern sein Vermögen vermehren soll, indem sie ihm Geld bietet für erlittene körperliche Schmerzen, Verunstaltungen und Schmälerungen des körperlichen oder seelischen Wohlbefindens (RGRKomm., § 847 Anm. 1).

Der grundsätzliche Unterschied zwischen materiellem und immateriellem Schaden hat dazu geführt, jede rechtliche Einheit zwischen diesen beiden Schadensarten zu leugnen (RG.: JW. 1921, 1230; RGZ. 149, 167). Dies ist zunächst im Hinblick auf die Bestimmung des § 308 ZPO. von Bedeutung. Nach dieser Vorschrift ist das Gericht nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist. Zwar darf es nach fester Rechtsprechung einzelne Rechnungsposten erhöhen, wenn nur die Gesamtforderung nicht überschritten wird (RG.: JW. 1913, 429). Von dieser Art interner Ausgleichung ist aber das Schmerzensgeld ausgeschlossen. Ergibt eine Beweisaufnahme also, daß der materielle Schaden geringer, der immaterielle höher zu bewerten ist, als — mit entsprechenden Anträgen — behauptet worden war, so muß wegen des materiellen Schadens teilweise Klagabweisung erfolgen, während wegen des immateriellen Schadens § 308 ZPO. ein Hinausgehen über den Antrag verbietet. Gefährlich ist daher die vereinzelt in Klageschriften auftretende Fassung: „Der Rest" — beispielsweise einer Klageforderung von 700 RM, von der 422 RM als materieller Schaden behauptet und substanziert sind — „wird als Schmerzensgeld verlangt".

Vielmehr ist es — nicht nur im Kosteninteresse — angebracht, auf Zahlung eines vom Gericht festzusetzenden Schmerzensgeldes anzutragen. Das Fehlen einer rechtlichen Einheit zwischen materiellem und immateriellem Schaden ist aber schließlich auch dann von Bedeutung, wenn ein zunächst nur als Schmerzensgeldforderung erhobener, bezifferter Anspruch später auch auf Vermögensschaden gestützt werden soll. Ein solcher Versuch stellt nämlich eine Klageänderung i. S. von § 264 ZPO. dar (RGZ. 149, 167: JW. 1936, 444 [7] [m. Anm.]).

Das Schmerzensgeld ist nach freiem richterlichen Ermessen zu bestimmen (§ 287 ZPO.). Es ist ein solcher Betrag zu gewähren, der angemessen erscheint, um dem Verletzten zu ermöglichen, sich Vorteile oder Annehmlichkeiten zu verschaffen, die ihm — soweit dies überhaupt angängig ist — einen Ausgleich für den Schaden bieten, der nicht Vermögensschaden ist (Carl, „Straßenverkehrs- und Verkehrshaftpflicht", Leipzig 1937 Nr. 373 b). Es werden also Dauer und Heftigkeit der erlittenen Schmerzen, Verlust oder — sei es bleibende, sei es vorübergehende — Gebrauchsunfähigkeit eines Körperteils, zeitweilige oder anhaltende Entstellung oder Verunstaltung in Betracht zu ziehen sein. Die Einbuße eines Arms, Beins oder Auges ist ernster zu nehmen als eine — wenn auch noch so entstellende — Narbe, die ihrerseits beim Manne wieder anders zu werten ist als bei einer Frau, hier wieder bei einer jungen anders als bei einer in älteren Jahren. Auch Beruf und besondere — sportliche oder sonstige — Neigungen, soweit ihnen der Verletzte nun nicht mehr nachgehen kann, verdienen Beachtung. Mit Recht hat das RG. aber die — auch heute noch hie und da anklingende — Erwägung für willkürlich und grundlos gehalten, „daß Nachteile, wie die lebenslängliche Verunstaltung der äußeren Erscheinung, von den Angehörigen der gebildeten Kreise viel schwerer überwunden zu werden pflegten, als von der breiten Masse des Volkes" (RGZ. 76, 176: JW. 1911, 586).

Daraus, daß das Gesetz von einer „billigen" Entschädigung spricht, wird gefolgert, es sei bei der Bemessung des Schmerzensgeldes nicht nur Art und Umfang der Verletzung, sondern es seien auch die wirtschaftlichen Verhältnisse zu berücksichtigen, in denen Schädiger und Geschädigter sich befänden. Hiervon sind jedoch, zunächst was den Schädiger anlangt, durch die Rechtsprechung eine Reihe Ausnahmen gemacht worden. Wenn der Fiskus Schuldner ist, soll dessen Vermögen außer Betracht bleiben, „weil es öffentlichen Zwekken des Staates diene, keine Vermögenslage im privatwirtschaftlichen Sinne begründe und nicht zu dem Vermögen des Ersatzberechtigten in ein Verhältnis gebracht werden könne" (JW. 1915, 920). In Erweiterung dieser Ausnahme hat das RG. in einer jüngeren Entscheidung ausgesprochen, daß ebenso dann, wenn eine wohltätige Stiftung Schuldner sei, die Verminderung ihres zweckgebundenen Vermögens also nur Hilfsbedürftige treffen würde, ein Verhältnis zum Vermögen des Verletzten nicht hergestellt werden könne (RG.: Urt. v. 11. Mai 1936; abgedr. bei Carl a. a. O. Nr. 373).

Walter und Peterssen (JW. 1936, 2773 und 2965) haben sich in zum Teil recht überzeugenden Ausführungen dafür eingesetzt, daß in Zukunft ganz allgemein davon abgesehen werden solle, bei Bemessung des Schmerzensgeldes das Vermögen des Schädigers zu berücksichtigen. Der tiefere Grund für diese Forderung liegt wohl in einer Mißbilligung der vom RG. trotz aller Angriffe bisher beibehaltenen Rechtsprechung, daß die Haftpflichtversicherung des Schuldners bei der Bemessung des Schmerzensgeldes nicht zu beachten sei (RGZ. 63, 104; RG.: JW. 1935, 2950 [6]). In bewußten Gegensatz zu dieser höchstrichterlichen Meinung hat sich unlängst das OLG. Köln gestellt (JW. 1937, 1257), indem es ausgeführt hat, die geringe Leistungsfähigkeit des Schuldners dürfe dann nicht zu einer Ermäßigung des Schmerzensgeldes führen, wenn dieser gegen Haftpflicht versichert sei. Das Urteil des OLG. Köln geht insofern einen ganz eigenartigen Weg, als es im Tenor bestimmt, der Beklagte werde zur Zahlung eines Schmerzensgeldes von 1000 RM verurteilt mit der Maßgabe, daß hierfür in Höhe von 500 RM nur die unmittelbaren und mittelbaren Ansprüche aus der zu seinen Gunsten abgeschlossenen Haftpflichtversicherung hafteten. Zu dieser Beschränkung ist in den Entscheidungsgründen ausgeführt, wenn die — denkbar ungünstige — Vermögenslage des Beklagten unberücksichtigt bleibe, sei ein Schmerzensgeld von 1000 RM angemessen, wenn sie in Betracht gezogen würde, nur ein solches von 500 RM. Es ist kaum zu erwarten, daß das RG. sich gerade durch diese Entscheidung bewegen lassen wird, seinen Standpunkt aufzugeben. Zunächst ist höchst bedenklich, einen Schmerzensgeldbetrag ganz ohne Berücksichtigung der Schuldnerseite, einen zweiten unter Berücksichtigung derselben festzusetzen. Keinesfalls zu billigen ist aber der große Unterschied zwischen diesen beiden Beträgen. Er beweist, daß der Vermögenslage des Schuldners weit mehr Bedeutung beigemessen worden ist als ihr zukommt. Es grenzt fast an eine Verletzung des allgemein anerkannten Grundsatzes, wonach die ungünstige Vermögenslage des Schuldners niemals dazu führen darf, dem Geschädigten jeden Anspruch auf Schmerzensgeld zu nehmen (RG.: Warn. 1935 Nr. 81), wenn im Hinblick auf die schlechte wirtschaftliche Lage des Beklagten statt an sich (?) angemessener 1000 RM nur 500 RM zugebilligt werden.

Die Entscheidung des OLG. Köln hat denn auch alsbald von berufener Seite, nämlich durch Carl, „AkadZ.", 1937, S. 402, eine ausführliche ablehnende Besprechung erfahren. Von besonderem Wert ist, daß Carl den Streit der Meinungen auf seine praktische Bedeutung geprüft und auf Grund statistischer Erhebungen zu dem Ergebnis gelangt ist, daß von 1000 Urteilen sich nur etwa 10 mit der Höhe des Schmerzensgeldes befassen. Carl führt als Erklärung dafür an, daß die Gerichte grundsätzlich von einer allgemeinen Norm auszugehen pflegen, wobei die Schwere der Verletzung und die Bewertung der Möglichkeit, Erleichterung für Unlust und Schmerzgefühl zu schaffen, zur Abwägung gelangen und daß sie von dieser Norm nur dann abweichen, wenn sich besondere Umstände herausstellen. Diese Feststellungen Carls stehen durchaus im Einklang mit den Erfahrungen des Verfassers und zeigen, daß der durch die Entscheidung des OLG. Köln neu entfachte Meinungsstreit von keiner allzu großen praktischen Bedeutung ist.

Über die Höhe des Schmerzensgeldes kann nicht gesprochen werden, ohne daß die Art der Zahlung erörtert wird. Es ist heute herrschende Meinung, daß Schmerzensgeld sowohl in Form eines Kapitals wie einer Rente zugebilligt werden kann, daß aber auch gleichzeitig Kapital und Rente gewährt werden darf. Im letzten Falle ist allerdings darauf zu achten, daß keine Doppelentschädigung erfolgt. Dies wäre indes nur dann der Fall, wenn für den — sei es auch nur teilweise — gleichen Zeitraum Kapital und Rente zuerkannt wird (RG.: Warn. 1935 Nr. 81). Zweckmäßig werden daher Antrag und Urteil etwa so zu lauten haben:

> Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger für den bis zum 30. Okt. 1938 aus dem Unfall v. 12. Juli 1937 entstandenen immateriellen Schaden 3000 RM und für den ab 1. Nov. 1938 entstandenen und noch entstehenden immateriellen Schaden eine monatliche Rente von 40 RM, beginnend am 1. Nov. 1938 und endigend am 31. Okt. 1944, zu zahlen.

Damit ist zugleich die äußerst wichtige Frage des „zukünftigen immateriellen Schadens" angeschnitten. In einer älteren Entscheidung des RG. (JW. 1921, 1230) und der dazu geschriebenen Anmerkung hieß es, mit dem Anspruch aus § 847 BGB. werde eine einmalige Abfindung des immateriellen Schadens durch Zahlung einer festen Summe erstrebt, deren Erhöhung deshalb nicht gefordert werden könne, wenn inzwischen Verjährung eingetreten sei. Das OLG. Stuttgart hat sich in einem Urt. v. 11. Aug. 1936 (Carl a. a. O. Nr. 373) auf den Standpunkt gestellt, das zuerkannte Schmerzensgeld umfasse im Zweifel nicht jeden in Zukunft entstehenden immateriellen Schaden. In der Verjährungsfrage wird — auch wenn man im übrigen den Standpunkt des OLG. Stuttgart billigen müßte, darüber später — unter allen Umständen dem RG. zu folgen sein. Dies bedarf deswegen besonderer Betonung, weil die Auffassung des OLG. Stuttgart zu dem irrigen Schluß führen könnte, die — ja

in allen ernsteren Fällen beantragte und getroffene — allgemeine Feststellung zukünftiger Ersatzpflicht beziehe sich grundsätzlich auch auf den zukünftigen immateriellen Schaden, setze also auch für ihn an die Stelle der dreijährigen Verjährungsfrist aus § 852 BGB. die 30jährige des § 218 BGB. In diesem Sinne kann und will das Urteil des OLG. Stuttgart nicht verstanden werden. Wo auf ein beziffertes Schmerzensgeld und auf Feststellung schlechthin geklagt wird, da deckt die getroffene Feststellung selbst dann nicht ohne weiteres zukünftigen immateriellen Schaden, wenn dieser klar zu erwarten stand. Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen trotz bereits zugebilligten Schmerzensgeldes weitere Forderungen wegen immateriellen Schadens erhoben werden dürfen, kann ihre Lösung nicht aus dem allgemeinen Feststellungsurteil, sondern nur ganz unabhängig von ihm aus Art und Inhalt des immateriellen Schadens und der darauf bezüglichen Entscheidungen finden.

Es ist zwischen zwei Fällen zu unterscheiden, dem in der Praxis auch bei schweren Verletzungen leider immer noch am häufigsten vorkommenden, daß Schmerzensgeld ohne zeitliche Einschränkung verlangt und zugesprochen wird, und dem sich erst allmählich einbürgernden daß ein Schmerzensgeld zunächst nur für den bis zu einem bestimmten Zeitpunkt erlittenen immateriellen Schaden gefordert und bewilligt wird. Das Urteil des OLG. Stuttgart kann sich nur auf den ersten Fall beziehen, bringt aber für ihn keine klare Lösung. Mit dem Satz, daß im Zweifel das Schmerzensgeld nicht jeden zukünftigen immateriellen Schaden umfasse, ist es nicht getan. Vielmehr ist stets eingehend zu prüfen, ob trotz zuerkannten Schmerzensgeldes später noch eine Nachbewilligung erfolgen kann. Grundsätzlich wird dies dann nicht geschehen können, wenn ein Vergleich zwischen dem Akteninhalt des Vorprozesses (Parteivorbringen und Urteil) und dem neuen Klagevortrag in der hier maßgebenden Hinsicht keine Abweichung ergibt, wenn also lediglich eine Fortdauer der Leiden in der Art und dem Umfang behauptet wird, wie sie bereits bei der ersten Schmerzensgeldbewilligung zugrunde gelegt worden war. Dagegen wird dann eine Nachbewilligung in Frage kommen, wenn sich die Leiden erheblich verschlimmert haben, insbesondere etwa wider Erwarten neue Operationen erforderlich waren, die Entwicklung also gezeigt hat, daß der immaterielle Schaden weit größer ist als in dem ersten Rechtsstreit bei Bemessung des Schmerzensgeldes angenommen worden war.

Es liegt auf der Hand, daß in sehr schweren Fällen mit der Möglichkeit erheblicher Verschlimmerung der Leiden gerechnet werden muß. Im Interesse der für alle Schmerzensgeldentscheidungen eingangs geforderten Klarheit empfiehlt es sich daher dringend, hier, wo wegen zu erwartenden zukünftigen materiellen Schadens ohnedies auf Feststellung geklagt wird, bezifferte Schmerzensgeldforderungen nur für den bis zu einem bestimmten Zeitpunkt entstandenen immateriellen Schaden zu stellen, wegen des zukünftigen immateriellen Schadens aber gleichfalls auf Feststellung zu klagen. Der Antrag hätte hier etwa zu lauten:

> Den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger wegen des bis zum 31. Okt. 1938 aus dem Unfall v. 12. Juli 1937 erlittenen immateriellen Schadens eine vom Gericht festzusetzende billige Entschädigung in Geld zu zahlen.
> Festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger auch allen nach dem 31. Okt. 1938 aus dem Unfall vom 12. Juli 1937 entstandenen und noch entstehenden materiellen und immateriellen Schaden zu ersetzen.

Durch derartig eindeutige Anträge und entsprechende Entscheidungen wird zunächst einmal erreicht, daß für den gesamten — auch zukünftigen — immateriellen Schaden an Stelle der dreijährigen die dreißigjährige Verjährungsfrist maßgebend wird. In sachlicher Beziehung aber besteht nunmehr die Möglichkeit einer Schmerzensgeldnachbewilligung, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sich die Leiden des Verletzten nach dem Stichtag — im obigen Beispiel der 31. Okt. 1938 — vermehrt oder gar vermindert haben, sofern sie nur nicht wider Erwarten überhaupt in Wegfall gekommen sind (RG.: Warn. 1935 Nr. 81).

Es wird sogar zahlreiche Fälle geben, in denen die zukünftige Entwicklung des immateriellen Schadens so ungewiß ist, daß weder in Form von Kapital noch von Rente eine abschließende Schmerzensgeldbewilligung überhaupt möglich ist. Man denke nur daran, daß ein Verletzter die Bewegungsfähigkeit eines Arms oder Beins eingebüßt hat, daß aber durch eine erneute — in ihrem Ausgang durchaus zweifelhafte — Operation versucht werden soll, die Gebrauchsfähigkeit wiederzugewinnen. Hier ist die Zubilligung eines Schmerzensgeldes für den bis zu einem gewissen Zeitpunkt erlittenen immateriellen Schaden nicht nur eine Forderung der Klarheit und Vorsicht, sondern eine einfache Notwendigkeit (Hamburg v. 26. Febr. 1938: HansRGZ. 38, B 110; abgedr.: „Das Recht", Monatsbeilage zur DJ., Heft 8/9 Nr. 5517).

Unselbständige Scheidungsgründe nach § 59 Abs. 2 Ehegesetzes

Von Oberlandesgerichtsrat Dr. Sautter in Celle

Aus dem § 1573 BGB. ergibt sich klar und unzweideutig, daß der verletzte Ehegatte im Scheidungsstreite Verfehlungen, auf die er keine Scheidungsklage mehr gründen kann, zur Unterstützung einer Scheidungsklage wegen anderer, selbständiger Eheverstöße benützen kann. Solcher unselbständiger Scheidungsgründe hat das BGB. zwei geregelt, nämlich die verziehenen (§ 1570) und die kraft Fristablaufes ausgeschlossenen (§ 1571). Dazu kommen die Scheidungstatbestände, die der § 616 ZPO. aus der Reihe der selbständigen Scheidungsgründe ausschließt.

Die Regelung der Frage im EheG. v. 6. Juli 1938 gibt zu wesentlichen Zweifeln Anlaß. Allerdings sagt die amtliche Begründung zu dem Gesetze in aller Kürze, die nachträgliche Geltendmachung von Scheidungsgründen sei im § 59 entsprechend den bisherigen Bestimmungen in den §§ 1572, 1573 BGB. geregelt. Rexroth (JW. 1938, 2089) bestätigt das. Die Erläuterungswerke zum EheG. treten dem durchweg bei (Rilk, S. 248, II; Auert, Anm. 5 und 6 zu § 59 S. 200; Methner, S. 42 Anm. 1 zu § 59; Maßfeller, zu § 59 S. 197). Nach dem oben wiedergegebenen Teile der amtlichen Begründung ist nicht daran zu zweifeln, daß der Gesetzgeber die unselbständigen Scheidungsgründe nach dem Vorbilde des § 1573 BGB. hat regeln wollen. Die Fassung des § 59 Abs. 2 entspricht dem nur zu einem Teile.

In dem zweiten Abschnitt des Gesetzes, dem Rechte der Ehescheidung, behandelt der Unterabschnitt C den Ausschluß des Scheidungsrechtes. Nachdem § 56 die Verzeihung bei der Scheidung wegen Verschuldens als einen später eintretenden Ausschließungsgrund geregelt, § 57 den Ausschluß des Scheidungsrechtes wegen Fristablaufes entsprechend dem früheren Rechte geordnet und § 58 die Ausschlußfrist für die Scheidungsklage wegen Unfruchtbarkeit hinzugefügt hat, sagt § 59 Abs. 2 wörtlich: „Eheverfehlungen, auf die eine Scheidungsklage nicht mehr gegründet werden kann, können nach Ablauf der Fristen des § 57 zur Unterstützung einer auf andere Eheverfehlungen gegründeten Scheidungsklage geltend gemacht werden." Wenn hier die Worte „nach Ablauf der Fristen des § 57" fehlten, so würde allerdings die Regelung der des § 1573 BGB. entsprechen. So aber, wie der Abs. 2 des § 59 tatsächlich lautet, sieht die Sache anders aus. Der Hinweis auf die Fristen des § 57 hat nur dann einen Sinn, wenn man den Abs. 2 a. a. O. nur auf den Ausschluß des Scheidungsrechtes wegen Fristablaufes bezieht. Man übersieht nicht, was jener Hinweis auf die Fristen des § 57 im Zusammen-

hange mit verziehenen und nach § 616 ZPO. ausgeschiedenen Verfehlungen bedeuten solle. Weder die Gruppe der ausgeschlossenen Scheidungsgründe, die der § 616 ZPO. enthält, noch die verziehenen Verfehlungen haben mit einer Ausschlußfrist etwas zu tun. Die Gründe, die ihnen die selbständige Wirksamkeit rauben, haben mit einem Fristablaufe nichts gemein, sind ganz anderer Art. Nur ein Fall läßt sich ausdenken, in welchem die abgelaufenen Fristen aus § 57 neben einer Verzeihung eine Rolle spielen können, dann nämlich, wenn nach deren Ablauf der verletzte Ehegatte aus einem anderen Scheidungsgrunde auf Scheidung klagt, im Laufe des Scheidungsstreites verzeiht, dann aber aus irgendeinem neuen Scheidungsgrunde den Rechtsstreit fortsetzt und nun die zugleich verziehene und verjährte Verfehlung mit heranziehen will. Anders in dem viel häufigeren Falle, daß der verletzte Gatte vor der Erhebung der Klage verziehen und damit die Möglichkeit verloren hatte, auf Grund jener Verfehlung selbständig zu klagen. Ersichtlich sind hier die Fristen aus § 57 ohne jede Wirkung und Bedeutung. Bei Verfehlungen, die unter den § 616 ZPO. fallen, ist aus Gründen der Denknotwendigkeit der Einfluß der Fristen aus § 57 ausgeschlossen.

So müßte man aus der Fassung des § 59 Abs. 2 geradezu den Schluß ziehen, daß der Gesetzgeber von der früheren Regelung bewußt abgerückt sei, wenn nicht aus anderen Umständen sich das Gegenteil ergäbe. Einmal fällt die amtliche Begründung ins Gewicht. Hinzukommt, daß der früher geltende § 1573 BGB. nur besonders festlegt, was man bei einer in das Wesen der Dinge dringenden Auslegung ohnehin hätte annehmen müssen. Der gesetzliche Scheidungstatbestand des § 1568 verlangte notwendig, daß das gesamte einschlägige Handeln des Verletzers berücksichtigt und gewertet würde. Dazu gehörte notwendig auch der Eheverstoß, der als selbständiger Scheidungsgrund ausgeschieden war.

Das Recht des EheG. v. 6. Juli 1938 verschärft die Notwendigkeit, die Tatbestände des Verschuldens in ihrer Gesamtheit zu erfassen und abzuwägen überall da, wo der beklagte Teil Widerklage erhebt oder wenigstens die Mitschuld des klagenden Teiles ausgesprochen wissen will. Das bringt die neu geschaffene Möglichkeit mit sich, den Grad des Verschuldens abzustufen. Von entscheidender Wichtigkeit ist in diesem Zusammenhange aber § 60 Abs. 3 Satz 2, wonach die Mitschuld des Kl. auf Antrag des Bekl. auch dann auszusprechen ist, wenn zwar der Bekl. das Recht, Scheidung wegen Verschuldens des Kl. zu verlangen, zur Zeit der Erhebung der Klage schon verloren hatte, der Ausspruch der Mitschuld aber billig erscheint. Das gilt ganz allgemein, es spielt dabei keine Rolle, aus welchem Grunde der Bekl. seinen Scheidungsanspruch eingebüßt hatte. Unmöglich kann man nun den Tatbestand, den der Bekl. in einem solchen Falle vorträgt, anders behandeln als den, auf welchen der Kl. die Klage stützt und umgekehrt, man würde sonst mit verschiedenem Maße messen und der Ungerechtigkeit das Tor öffnen. Also muß in einem Falle solcher Art auch der Kl. alle verziehenen, durch Fristablauf ausgeschlossenen und durch § 616 ZPO. ausgeschiedenen Scheidungsgründe zur Unterstützung heranziehen können. Dann muß aber weiter in jedem Falle, mag auch nur über den Klagetatbestand zu entscheiden sein, der Kl. alle Tatbestände eines Verschuldens, die als selbständige Scheidungsgründe ausgefallen sind, zur Unterstützung heranziehen können. Der Gedanke, man könne hier eine verschiedene Behandlung eintreten lassen, je nachdem ob der Klage ein Antrag auf Ausspruch der Mitschuld entgegen stehe oder nicht, ist von der Hand zu weisen.

Schwachsinn im Sinne des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses und verminderte Zurechnungsfähigkeit im Strafrecht

A.

Von Amtsgerichtsrat Dr. H. Deutsch, Hamburg

Das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses und Strafrecht sind zwei Gebiete, die keinen inneren Zusammenhang miteinander haben, die sogar unbedingt voneinander getrennt gehalten werden müssen. Ein äußerer Zusammenhang ist jedoch insofern gegeben, als häufig der Umstand, daß im Strafverfahren beim Täter der Verdacht verminderter Zurechnungsfähigkeit aufgetaucht ist, ein Erbgesundheitsverfahren zur Folge hat und umgekehrt, als eine vom ErbgesGer. festgestellte Erbkrankheit oft bei einem Strafverfahren gegen den Erbkranken die Prüfung auf Zurechnungsfähigkeit nahelegt.

Ich habe gerade das Thema Schwachsinn und verminderte Zurechnungsfähigkeit gewählt, einmal, weil der Schwachsinn im Erbgesundheitsrecht prozentual und bevölkerungspolitisch weitaus die größte Rolle spielt, vor allem aber, weil über die Diagnose Schwachsinn und den Begriff verminderte Zurechnungsfähigkeit bedauerlicherweise noch eine große Unklarheit herrscht. Die gerichtlichen Entscheidungen, ob Schwachsinn festgestellt ist oder ob verminderte Zurechnungsfähigkeit vorliegt, sind sehr uneinheitlich. Ich habe auch im Erbgesundheitsgerichtsverfahren wiederholt Fälle gehabt, in welchen bei derselben Person im Strafverfahren vom gerichtsärztlichen Sachverständigen und vom Gericht Schwachsinn und verminderte Zurechnungsfähigkeit abgelehnt, auf Antrag des Amtsarztes jedoch im Erbgesundheitsverfahren die Diagnose Schwachsinn als gesichert angesehen und die Unfruchtbarmachung durchgeführt wurde. Dagegen habe ich niemals Akten gesehen, in welchen umgekehrt im Strafverfahren Schwachsinn festgestellt, im Erbgesundheitsverfahren hingegen abgelehnt wurde.

Woran liegt das und wie könnte hier die dringend notwendige Abhilfe geschaffen und eine Einheitlichkeit in der Handhabung herbeigeführt werden?

1. Über die Auslegung des Begriffes Schwachsinn bestehen eine ganze Reihe von Theorien, und es sind im Laufe der Jahre wiederholt neue Theorien entstanden. Auf sie kann ich hier nicht eingehen, da diese Erörterung zu umfangreich werden müßte. Die Abweichungen in den verschiedenen Ansichten konzentrieren sich auf das Grenzgebiet zur Psychopathie und sogenannten „ethischen Defektuosität“. Die Kernfrage, die sich immer mehr in den Vordergrund drängt, und für die ErbgesGer. von außerordentlicher Bedeutung ist, ist die: Genügen zur Sicherung der Diagnose Schwachsinn schwere Defekte auf dem Gebiet des Gefühls- und Willenslebens, die eine Störung der Gesamtpersönlichkeit darstellen, oder ist es stets erforderlich und allein wesentlich für Schwachsinn, daß auffällige Intelligenzdefekte vorhanden sind?

Der maßgebende Kommentar zum Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses von Gütt, Rüdin und Ruttke gibt auf diese Frage keine eindeutige Antwort, legt jedoch auf die ethischen Defekte großen Wert für die Diagnose Schwachsinn. Die Entscheidungen in der Praxis der ErbgesGer. sind seit Bestehen des Gesetzes und auch heute noch uneinheitlich. Darüber dürfte jedoch heute Übereinstimmung bestehen: Auch die Gefühls- und Willensdefekte, die eine Störung der Gesamtpersönlichkeit hervorrufen, sind erbbedingt und sind auch mit Rücksicht auf die Wahl des Geschlechtspartners ebenso erbgefährlich wie der sogenannte intellektuelle Schwachsinn. Erfahrungsgemäß heiraten ja intellektuell und ethisch Defekte immer wieder untereinander und zeugen Kinder miteinander. Dubitscher steht in seinem „Handbuch der Erbkrankheiten“ (1937), Bd. 1, „der Schwachsinn“ (S. 171) auf dem Standpunkt, daß schwere ethische Defekte, die eine Störung der Gesamtpersönlichkeit darstellen, kaum jemals isoliert beständen, daß vielmehr bei solchen ethisch defekten Persönlichkeiten zugleich auch Intelligenzstörungen, wenn auch geringfügiger Art, beständen und dann Schwachsinn anzunehmen sei. Die überwiegende Ansicht im Erbgesundheitsrecht geht heute wohl ebenfalls dahin, daß bei schwer ethisch Defekten

Schwachsinn angenommen wird, wenn auch nur leichte Intelligenzstörungen festgestellt sind, sei es auf dem Gebiet der reaktiven Intelligenz (Intelligenzprüfung) oder der praktischen Intelligenz, zumal wenn Sippenbelastung ermittelt ist. Damit wäre, jedenfalls z. Z., eine gewisse Einheitlichkeit in der Handhabung erzielt.

Es ist damit zu rechnen, daß diese Tendenz, die ethischen Defekte wesentlich mitentscheidend sein zu lassen, sie vielleicht sogar gleichwertig mit den Intelligenzdefekten für die Diagnose Schwachsinn heranzuziehen, im Erbgesundheitsrecht aus bevölkerungspolitischer Notwendigkeit immer eindeutiger in Erscheinung treten wird, wenn nicht diese unzweifelhaft erbgefährlichen ethisch Defekten durch neue gesetzliche Bestimmungen gesondert für die Unfruchtbarmachung erfaßt werden.

2. Wesentlich uneinheitlicher als die Frage des Schwachsinns wird die Frage der verminderten Zurechnungsfähigkeit im Sinne des § 51 Abs. 2 StGB. in der strafgerichtlichen Praxis gehandhabt.

Ich selbst habe vor etwa zwei Jahren für eine Arbeit in Hamburg eine Reihe von Strafakten durchgearbeitet, in welchen gerichtsärztliche Sachverständige zur Klärung der Frage der verminderten Zurechnungsfähigkeit herangezogen waren. Das Ergebnis meiner Nachprüfung war, daß keinerlei einheitliche Linie und keinerlei grundsätzliche Umgrenzung des Begriffes „erheblich verminderte Zurechnungsfähigkeit" in den Strafakten erkennbar war. Die Einstellung der Ärzte, wann erheblich verminderte Zurechnungsfähigkeit gem. § 51 für vorliegend erachtet wurde und wann nicht, sowie die Entscheidungen der Gerichte, ob mildernde Umstände zugebilligt werden sollten, sei es nun, daß erheblich verminderte Zurechnungsfähigkeit angenommen wurde, oder daß der Gerichtsarzt verminderte, aber nicht erheblich verminderte Zurechnungsfähigkeit begutachtet hatte, waren im Grundsätzlichen in den Gerichtsurteilen stark voneinander abweichend.

Solange die gesetzliche Vorschrift des § 51 StGB. besteht, müssen wir uns in der Praxis mit ihr abfinden und versuchen, zu einer einheitlichen Handhabung zu gelangen.

Wie kann das zweckmäßigerweise geschehen?

M. E. muß man grundsätzlich bei jeder Entscheidung sich klar machen, daß nach nationalsozialistischer Rechtsauffassung der Gedanke des Schutzes und der Förderung der Volksgesamtheit im Vordergrund zu stehen, mithin also das Interesse der Einzelperson hinter dem der Gesamtheit zurückzutreten hat.

Zunächst, meine ich, sollte man im Strafverfahren die Frage, ob Schwachsinn vorliegt oder nicht, nach den gleichen Gesichtspunkten entscheiden wie im Erbgesundheitsverfahren. Ich würde es nicht für wünschenswert halten, wenn sich ein besonderer Schwachsinnsbegriff für das Strafrecht herausbilden würde, und eine andere Auslegung für das Erbgesundheitsrecht. Völlig abwegig wäre allerdings m. E. eine solche zweckgebundene Auslegung nicht; denn es ist z. B. auch der Krankheitsbegriff als solcher ein ganz verschiedener, je nachdem die Entscheidung vom praktischen Arzt getroffen werden soll, oder etwa vom Erbbiologen, oder von einem Arzt für Siedlungszwecke. Im Interesse der Öffentlichkeit sollte jedoch m. E. unbedingt ein einheitlicher Schwachsinnsbegriff angestrebt werden. Ich meine daher, daß die Gesichtspunkte, die sich allmählich im Erbgesundheitsgerichtsverfahren für die Diagnose Schwachsinn herausgebildet haben, auch für das Strafrecht maßgebend sein sollten.

Ferner spricht § 51 nur von erheblich verminderter Zurechnungsfähigkeit. Dieses Wort erheblich ist sehr dehnbar. Im Interesse der Volksgesamtheit sollte man nur wirklich sehr schwerwiegende Abweichungen vom Normalen als erheblich vermindert zurechnungsfähig anerkennen. Ich möchte den Begriff „erheblich" dahin präzisieren, daß es nur noch ein kurzer Schritt bis zur Unzurechnungsfähigkeit sein darf. Man wird also in vielen Fällen ohne weiteres Schwachsinn feststellen, jedoch erheblich verminderte Zurechnungsfähigkeit verneinen können.

Ferner sagt § 51, daß bei erheblich verminderter Zurechnungsfähigkeit mildernde Umstände bewilligt werden können. Es liegt aber keine Verpflichtung des Gerichts hierzu vor. Es wird sich daher vielfach empfehlen, daß der ärztliche Sachverständige in seinem Gutachten, auch wenn Sicherungsverwahrung oder Anstaltsunterbringung nicht in Frage kommt, auf die für die Volksgemeinschaft gefährlichen Defekte des Täters auf dem Gebiet des Gefühls- und Willenslebens ausdrücklich hinweist, damit das Gericht eindeutig erkennt, daß mildernde Umstände trotz verminderter Zurechnungsfähigkeit des Täters nicht angebracht sind, sondern vielleicht sogar eine besonders fühlbare Strafe notwendig ist.

Bei dieser Handhabung würde also, abgesehen von den Sicherungsmaßnahmen, bei charakterlich oder intellektuell abartigen, vermindert zurechnungsfähigen Tätern eine mildere Bestrafung nicht in der Regel, sondern nur in Ausnahmefällen Platz greifen, und zwar nur dann, wenn eine solche Milde im Interesse der Volksgesamtheit angebracht erscheint. Daß diese Fälle bei kriminell werdenden Schwachsinnigen tatsächlich sehr selten sind, wird jeder Sachverständige bestätigen. Allerdings wird häufig in der Strafverhandlung aus der Sachverhaltserörterung und den Angaben des Angeklagten und evtl. weniger Zeugen über die Person des Angeklagten nicht erkennbar sein, daß Milde unangebracht ist. Diese Feststellung wird man erst dann treffen können, wenn über den Lebenslauf und das Verhalten des Angeklagten im Leben ein ausführliches Aktenmaterial herangezogen und nachgeprüft wird, so wie es sich im Erbgesundheitsverfahren als notwendig ergeben hat (außer den Strafakten Schulakten, Krankenakten, Jugendamts- und Fürsorgeerziehungsakten, Polizei-, Fürsorge- und Personalakten, Arbeits- und Führungszeugnisse usw.).

Nun kann eingewandt werden, eine solche Handhabung stehe mit dem Gesetz in Widerspruch; denn wenn in § 51 Abs. 2 bei erheblich verminderter Zurechnungsfähigkeit dem Richter anheimgegeben ist, die Strafe noch weit unter den ordentlichen Strafrahmen hinuntergehend zu mildern, so müsse man folgerichtig daraus den Schluß ziehen, daß grundsätzlich solchem Täter mildere Strafe gewährt werden solle, jedenfalls innerhalb des ordentlichen Strafrahmens. Dies übrigens auch, soweit verminderte Zurechnungsfähigkeit, aber nicht erheblich verminderte vorliege. Dieser Einwand ist formal-logisch wohl konsequent.

Hier liegt nun die Ursache, welche die Uneinheitlichkeit in der Handhabung des § 51 StGB. bedingt.

Steht man auf dem Standpunkt, es sei ein leitender Grundsatz im Strafrecht, daß Individualschuld und Strafe gegeneinander abzuwägen sind, so daß also da, wo die Schuld geringer sei, auch die Strafe geringer sein müsse (verminderte Schuldfähigkeit), und daß dieser Grundsatz in der Fassung des § 51 seinen Niederschlag gefunden habe, so stellt man damit unzweifelhaft das Einzelwesen in den Vordergrund und nicht die Volksgesamtheit. Denn wenn man das Interesse der Volksgesamtheit voranstellt, so läßt sich nicht leugnen, daß, wie bereits erwähnt, von Ausnahmefällen abgesehen, der ethisch defekte vermindert zurechnungsfähige Täter wie auch der intellektuell Defekte mit Rücksicht auf seine in seiner Persönlichkeit begründeten Gefährlichkeit **keine mildere Strafe erhalten darf als der Vollzurechnungsfähige.** Es macht dabei keinen Unterschied, ob es sich um erheblich verminderte Zurechnungsfähigkeit handelt oder nicht erheblich verminderte.

Nun muß aber mit aller Entschiedenheit betont werden, daß nach nationalsozialistischer Auffassung **unter allen Umständen in jedem Straffalle das Interesse der Einzelperson hinter dem der Volksgemeinschaft zurückzutreten hat.** Auch das Recht darf hier keine Ausnahme machen. Wir haben heute eine lebensgesetzliche Rechtsauffassung. Damit treten nicht etwa Zweckmäßigkeitserwägungen an Stelle von sogenannten ethischen. Vielmehr ist der Gedanke der Erhaltung und Förderung der Volksgemeinschaft, des für uns wertvollsten Organismus, eine **Erwägung von höchster Ethik.**

Es wäre auch nicht richtig zu sagen, die Volksgemeinschaft wird ja durch die Maßnahmen der Sicherungsverwah-

rung und Anstaltsunterbringung genügend geschützt. Diese Maßregeln kommen ja nicht einmal in zwei Prozent aller Straffälle zur Anwendung. Das Interesse der Volksgesamtheit ist jedoch in jedem Straffalle voranzustellen. Unberechtigt wäre ferner der Einwand, es gäbe doch Einzelfälle, in welchen es angebracht sei, einem vermindert Zurechnungsfähigen mildernde Umstände zu gewähren, etwa bei einer Tat, die eine Frau während der Schwangerschaft begeht. Ausnahmefälle, die besondere Milde erfordern, kommen auch bei Vollzurechnungsfähigen vor, ohne daß heute für sie eine besondere Gesetzesvorschrift besteht. Nicht ganz selten sind die Fälle, in welchen man bei Vollzurechnungsfähigen in der Strafpraxis gern einmal unter die gesetzliche Mindeststrafe heruntergehen würde, ohne jedoch die Möglichkeit zu haben. Für solche besonderen Fälle würde übrigens m. E. die von der Strafrechtskommission s. Z. vorgeschlagene Strafmilderungsvorschrift für besondere Ausnahmefälle genügen, ohne Rücksicht, ob volle oder verminderte Zurechnungsfähigkeit vorliegt (§ 56 Entwurf eines deutschen StGB., 2. Lesung 1935). Bei Beurteilung der Gesetzesbestimmung des § 51 StGB. handelt es sich jedoch um grundsätzliche Stellungnahme.

Die lebensgesetzliche Rechtsauffassung bedeutet auch keine unbillige Härte im Strafrecht. Gestrauchelten soll man helfen, unter Umständen durch sehr milde Strafen; charakterlich und intellektuell Abartigen gegenüber aber soll man im Interesse der Volksgemeinschaft wie auch des Angeklagten selbst nicht weichlich sein, andererseits jedoch auch nicht von vornherein dauernde Unterbringung anordnen, solange begründete Hoffnung besteht, durch Strafe den Täter von weiteren Angriffen auf die Volksgemeinschaft abhalten zu können.

Daß heute im Recht oberster Grundsatz der des Schutzes und der Förderung der Volksgemeinschaft ist und nicht etwa der der Abwägung von Individualschuld und Strafe gegeneinander, ist vom Führer wiederholt eindeutig zum Ausdruck gebracht worden, am prägnantesten wohl in seiner grundlegenden Reichstagsrede v. 30. Jan. 1937. Er führte damals im Zusammenhang mit seinen Darlegungen über die lebensgesetzliche Weltanschauung des Nationalsozialismus u. a. aus: „Damit steht über der Person und der Sache auch im deutschen Rechtsleben von jetzt ab das Volk.“

Ich glaube daher, daß nur die oben befürwortete Auslegung des § 51 Abs. 2 zulässig sein kann, die, wie dargelegt, darauf hinausläuft, daß **mildernde Umstände nur dann** gewährt werden dürfen, **wenn solche Milde im Interesse der Volksgesamtheit angebracht ist.** Nur so kann m. E. auch eine Einheitlichkeit in der Auslegung des § 51 StGB. und darüber hinaus für das Strafmaß überhaupt herbeigeführt werden.

Zusammenfassung:

1. Es ist notwendig, den Begriff Schwachsinn in den Entscheidungen der ErbgesGer. einheitlich auszulegen. Die Defekte auf dem Gebiet des Gefühls- und Willenslebens sind weitgehend für die Diagnose Schwachsinn zu berücksichtigen. Diese ist gesichert, wenn die ethischen Defekte so erheblich sind, daß eine Störung der Gesamtpersönlichkeit vorliegt, auch wenn die intellektuellen Defekte nur gering sind.

2. Die Auslegung der Diagnose Schwachsinn muß übereinstimmend erfolgen im Erbgesundheitsgerichtsverfahren und im Strafverfahren zu § 51 StGB.

3. Oberster Grundsatz für das Strafmaß im Strafrecht ist der Gedanke des Schutzes, der Erhaltung und Förderung der Volksgemeinschaft. Das Interesse des Einzelwesens hat in jedem Straffalle hinter dem der Volksgesamtheit zurückzutreten.

a) Der Begriff erheblich verminderte Zurechnungsfähigkeit in § 51 Abs. 2 StGB. ist so auszulegen, daß die Abweichungen vom Normalen schwerwiegender Art sein müssen, so daß es nur noch ein kurzer Schritt bis zur Unzurechnungsfähigkeit ist. Schwachsinnige fallen daher häufig nicht unter diese Gesetzesvorschrift.

b) § 51 Abs. 2 StGB. ist eine Kann-Bestimmung. Bei festgestellter verminderter Zurechnungsfähigkeit ist das Gericht nicht verpflichtet, mildernde Umstände zuzubilligen. Sie dürfen nur dann zugebilligt werden, wenn es mit Rücksicht auf die Volksgesamtheit angebracht ist. Das Interesse des Einzelwesens, des Täters, ist nicht ausschlaggebend, sondern das der Volksgemeinschaft.

B.

Von Dr. Ruttke, Berlin

Im vorstehenden Aufsatz glaubt der Verfasser feststellen zu können, daß im Erläuterungswerk von Gütt-Rüdin-Ruttke keine eindeutige Antwort auf die Frage erteilt wird, ob es stets erforderlich und allein wesentlich für den Schwachsinn sei, daß auffällige „Intelligenzdefekte“ vorhanden seien. Tatsächlich heißt es aber im Gütt-Rüdin-Ruttke, 2. Aufl., S. 124: „In Grenzfällen, bei denen nur geringe Ausfälle bei der Intelligenzprüfung festzustellen waren, darf diese nur wenig mangelhafte Intellektleistung allein weder die Unfruchtbarmachung noch ihre Ablehnung veranlassen. In den Grenzfällen ergibt sich die Unterscheidung zwischen Dummheit und Schwachsinn gerade daraus, daß die Dummheit auf das Gebiet des Intellekts beschränkt bleibt, während der Schwachsinn wegen seiner die ganze Persönlichkeit erfassenden Störung auch in der Lebensführung des Betreffenden seinen Ausdruck finden muß.“ Auf S. 125 a. a. O. heißt es: „Wenn bei ihnen (gemeint sind sozial Nichteinfügbare) auch Ausfälle der Intelligenz im landläufigen Sinne gelegentlich kaum nachzuweisen sind, wenn auch vielfach sogar Überlistungs- und Täuschungserfolge von ihnen erreicht werden, so sind sie doch schwachsinnig, weil ihre Verstandesschärfe nach der Richtung der Erkenntnis, der Beurteilung, der Kritik ihres Tuns, ihr Wille zur Gestaltung ihres Lebens nicht normal stark ist, so daß sie sich der Gemeinschaft nicht einzufügen vermögen. Dazu kommen noch Abschwächung der ethischen Vorstellung, Abstumpfung des ethischen Gefühls und grobe Charakterfehler, was alles zusammen als Ganzes einen erbmäßig angelegten Komplex von Ausfallserscheinungen ausmacht, der unter den Begriff des angeborenen Schwachsinns zusammengefaßt wird.“

Ich glaube, daß diese Ausführungen doch ziemlich eindeutig zeigen, daß wir uns in dem Kommentar auf den Standpunkt gestellt haben, daß der auffällige Intelligenzdefekt keinesfalls stets erforderlich und allein wesentlich für Schwachsinn ist. Auch der Kommentar steht völlig auf dem Standpunkt, den der Verfasser des Aufsatzes in der Ziff. 1 seiner Zusammenfassung zum Ausdruck bringt (vgl. JW. 1938, 1277/79).

Bei der Durchführung des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses bezüglich Schwachsinn rückt allmählich die Frage immer mehr in den Vordergrund der Betrachtungen, inwieweit durch das Gesetz alle Asozialen und Antisozialen erfaßt werden können. Die richtige Antwort auf diese Frage kann nur dann gefunden werden, wenn Ansatz und Ziel des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses richtig erkannt werden.

Das deutsche Gesetz v. 14. Juli 1933 gehört zur Gruppe der Sterilisationsgesetze. Schon lange vor Erlaß des deutschen Gesetzes gab es im Ausland derartige Gesetze. Das deutsche Gesetz unterscheidet sich jedoch grundsätzlich von der übrigen Sterilisationsgesetzgebung der Welt. Das wird schon durch die Überschrift des Gesetzes, das nicht als Sterilisationsgesetz, sondern als Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses bezeichnet wird, angedeutet. Der Gesetzgeber wollte damit zum Ausdruck bringen, daß allein durch gesetzliche Maßnahmen erbkranker Nachwuchs nicht verhütet werden kann, sondern daß jeder einzelne Volksgenosse von sich aus verpflichtet ist, zur Verhütung erbkranken Nachwuchses durch eigenes erbpflegerisches Verhalten beizutragen. Die Durchführung des deutschen Gesetzes ist also ohne eine laufende erbpflegerische Volkserziehung durch Staat, NSDAP. und Familie nicht denkbar. Daher ist bei Schaffung des Gesetzes bewußt vermieden worden, im Gesetz selbst etwas über die Unfruchtbarmachung von Asozialen und Antisozialen zu sagen, vielmehr hat sich der Gesetzgeber darauf beschränkt, von der empirischen Erb-

prognose als wissenschaftlicher Grundlage ausgehend, bestimmte Erbkrankheiten im Gesetz selbst, einschließlich schwerem Alkoholismus, zu benennen, bei deren Vorliegen die Unfruchtbarmachung — gegebenenfalls zwangsweise — durchgeführt werden muß. Das deutsche Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses ist also eindeutig auf die Erbpflege abgestellt worden, während in der Auslandsgesetzgebung, insbesondere in einer Reihe von Staaten der Vereinigten Staaten von Nordamerika, die Sterilisationsgesetzgebung auch als Mittel zur Verbrechensbekämpfung zum Ansatz gebracht wird. Allerdings ist im Laufe der Jahre immer mehr hiervon Abstand genommen worden. Der deutsche Gesetzgeber wollte im deutschen Volk nicht die Empfindung auftreten lassen, daß der Erbkranke = Verbrecher zu setzen ist. Wenn es auch richtig ist, daß im Laufe der Durchführung des Gesetzes sich die ursprünglichen medizinischen Begriffe in § 1 Abs. 2 zu solchen der Erbpflege, also zu Begriffen „sui generis" entwickelt haben, so bleibt doch die Grundlage: die Ausmerze von Erbkrankheiten. Aus diesem wichtigen Grunde ist es daher nicht möglich, den Begriff „angeborener Schwachsinn" so weit auszudehnen, daß dadurch alle Asozialen und Antisozialen erfaßt werden könnten. Damit würde das Gesetz von einem ausgesprochen erbpflegerischen, zu einem Gesetz zur Bekämpfung der Asozialen und Antisozialen. Selbstverständlich ist die Tatsache, daß bei der Unfruchtbarmachung von solchen Personen, die an angeborenem Schwachsinn leiden, auch ein gewisser Prozentsatz von Asozialen und Antisozialen erfaßt wird. Diese Tatsache darf niemals darüber hinwegtäuschen, daß das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses niemals ein Mittel zur erfolgreichen Gesamtbekämpfung der Asozialen und Antisozialen werden kann. Eine erfolgreiche Bekämpfung von Asozialen und Antisozialen ist allein durch Maßnahmen der ausmerzenden Erbpflege (Unfruchtbarmachung) nicht möglich, sondern darüber hinaus müssen gegebenenfalls noch bestimmte Maßnahmen wie Bewahrung, laufendes Anhalten zur Arbeit u. a. m. zum Ansatz gebracht werden. Diese Frage ist erst kürzlich im „Erbarzt" (Nr. 42 v. 22. Okt. 1938) in einer Aussprache zwischen Dr. med. Brunk vom Hauptamt für Volksgesundheit der NSDAP., Prof. Frhr. v. Verschuer und Assessor Lemme vom Reichsausschuß für Volksgesundheitsdienst behandelt worden. Dabei haben v. Verschuer und Lemme mit Recht Bedenken gegen eine ad hoc geschaffene Auslegung des Begriffes „Schwachsinn" vorgebracht. Natürlich sollen Asoziale unfruchtbar gemacht werden, soweit sie unter den Begriff des Schwachsinns fallen. Selbstverständlich wird man dabei auch großzügig verfahren müssen. Es bestehen auch keine Bedenken dagegen, geringe Intelligenzausfälle bei asozialer Lebensführung als ausreichend für die Unfruchtbarmachung anzusehen. Es bestehen also zwischen Dr. Deutsch und uns, den Verfassern des Kommentars keinerlei Meinungsverschiedenheiten. Ich halte es aber für notwendig, daß immer wieder darauf hingewiesen wird, daß auf diesem Wege die gefährlichsten Asozialen und Antisozialen keinesfalls alle erfaßt werden können und daß wir uns darüber klar sein müssen, daß die Frage der Asozialen und Antisozialen einer besonderen Lösung bedarf und keinesfalls endgültig durch das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses gelöst werden kann.

Der I. Internationale Kongreß für gerichtliche und soziale Medizin

Bericht von Amtsgerichtsrat Dr. Walter Kallfelz, Cottbus

Der Kongreß fand in den Tagen vom 22.—24. Sept. 1938 in Bonn statt. Trotz der Hochspannung der politischen Weltlage war die Beteiligung auch aus dem Auslande außergewöhnlich stark. Vertreter aller europäischen und außereuropäischen Länder hatten sich in der schönen Stadt des Rheinlandes eingefunden. Oberbürgermeister Rickert bot den Kongreßteilnehmern Stunden schöner und unvergeßlicher Gastlichkeit. Sie hatten Gelegenheit, in Godesberg und auf dem Petersberg die historischen Stunden des zweiten Chamberlain-Besuches mitzuerleben.

Unter dem Präsidium des Bonner Ordinarius für gerichtliche Medizin, Prof. Pietrusky, nahm die Tagung einen Verlauf, der in vorbildlicher Weise neben der Abwickelung eines fast überreichen wissenschaftlichen Programms den Teilnehmern Gelegenheit bot, persönliche Beziehungen zu pflegen und zu entwickeln. Die vier Kongreßsprachen Deutsch, Italienisch, Französisch und Englisch meisterte als Dolmetscher OMedR. Dr. Spranger, Berlin-Charlottenburg. Erfreulich stark war auch die Beteiligung der Rechtswahrer. Die Vertretung des RJM. führte MinDir. Dr. Schäfer, der bei der Eröffnung der Tagung das Interesse der Reichsjustizverwaltung an einer engen Zusammenarbeit zwischen Gerichtsmedizinern, Richtern, Staatsanwälten und Kriminalbeamten hervorhob. Der Ehrenpräsident des Kongresses, MinDir. Dr. Gütt, der Leiter der Abteilung Volksgesundheit im RMdJ., war leider am Erscheinen verhindert, für ihn überbrachte MinR. Cropp die Grüße des RMin. Dr. Frick. Er sprach aus, daß bei aller Verschiedenheit der Rechtsvorschriften die durch die Wissenschaft gewonnenen naturkundlichen Erkenntnisse und Erfahrungen für alle Länder in gleicher Weise unentbehrlich seien, und daß es der Zweck dieses ersten Kongresses sei, sie gegenseitig auszutauschen und darüber hinaus den Forschern Gelegenheit zu geben, „im gemeinsamen Streben Menschenlos und Menschenschicksal leichter und besser zu gestalten".

Für alle ausländischen Teilnehmer sprach und dankte der Vertreter des italienischen JustMin., Prof. Moriani, Rom. Von besonderem Interesse war auch der Bericht von Prof. Cazzaniga, Mailand, über die von dem italienischen JustMin. in nachahmenswerter Weise für Richter eingerichteten Kurse auf dem Gebiete der gerichtlichen Medizin (vgl. hierzu den Bericht über die Fortbildungskurse für italienische Richter: DJ. 1938, 275 und die Kongreßberichte DJ. 1938, 604 und Deutsches Ärzteblatt 1938, 725).

Der folgenden Auswahl unter den zahlreichen Vorträgen liegt selbstverständlich jeder Gedanke einer Wertabstufung fern. Mit Rücksicht auf den beschränkten Raum konnte nur das ausgesucht und stichwortartig wiedergegeben werden, was für den praktischen Rechtswahrer von besonderem Interesse erscheint.

Am ersten Tage referierte Prof. Lochte, Göttingen, über Untersuchungen an menschlichen und tierischen Haaren in kriminalistischer Beziehung und kam zu dem Schluß, daß „das Ergebnis der makroskopischen und mikroskopischen Untersuchung eines wohlausgebildeten und unverletzten Haares in Verbindung mit den richterlichen Ermittlungen wohl meist ein hinreichend sicheres Urteil über die Herkunft eines Haares ermöglichen werde."

Prof. Knut Sand, Kopenhagen, sprach über die Einrichtung seines Institutes und sodann über „Sexualabnormitäten und Namenswechsel". Er befürwortete es, Zwittern in Zweifelsfällen durch die Erlaubnis zum Namenswechsel den äußeren Anschluß an das vorwiegende Geschlecht zu erleichtern.

Prof. Többen, Münster, sprach über „Moderne kriminalbiologische Erfahrungen im Hinblick auf die aktuelle und internationale Bedeutung der Verhütung der Jugendkriminalität", und Prof. Böhmer, Düsseldorf, über „Mittäterschaft als kriminalbiologisches Problem". Dozent Dr. Elbel, Heidelberg, berichtete über eine neue Methode des Bleinachweises im Schußfeld bei Verwendung von Sinoxydmunition und die hierdurch ermöglichte Entfernungsbestimmung. Dr. Krauland, Innsbruck, sprach über Befunde an Schußwunden und die Möglichkeit von Schlüssen auf das Alter der Wunde. Dr. Schranz, Budapest, zeigte ein Verfahren zur sofortigen Herstellung von Abgüssen von Verletzungen am Tatort. Dr. Klauer, Halle, demonstrierte eine Methode zum Nachweis flüssiger Brandlegungsmittel. Dr. Künkele, Bonn, trug „naturwissenschaftlich-kriminalistische Untersuchungen von Klebstoffen" vor. Von besonderem Interesse waren die Ausführungen von Prof. Buhtz, Jena, über „Neueste Erfahrungen und Methoden der gerichtlichen Schriftuntersuchungen". Buhtz betonte die Notwendigkeit der Vornahme des naturwissenschaftlich durchgeführten forensischen Schriftvergleichs durch medizinisch vorgebildete Sachverständige und lehnte die Graphologie auf diesem Gebiete ab.

Die Vorträge des zweiten Tages beschäftigten sich hauptsächlich mit Fragen aus dem Gebiete der Versicherungsmedizin und der Unfallgesetzgebung der verschiedenen Länder. Dr. Blench, Manchester, Prof. Leclerc, Lille, Prof. Cazzaniga, Mailand, und Prof. B. Mueller, Heidelberg,

referierten über die Unfallgesetzgebungen ihrer Länder. Es folgten eine ganze Anzahl kleinerer Vorträge von Vertretern verschiedener Nationen über die Gesetzgebung ihrer Länder und über Einzelfragen aus dem Unfallversicherungsrecht. Besonders erwähnt seien die Vorträge von Munck, Kopenhagen, über angeborene Herzkrankheit bei plötzlichem Tod, Koopmann, Hamburg, über Unfallfolgen und Allgemeinbefund und Kraul, Hamburg, über Vergiftung als Unfall.

Von ganz besonderem Interesse waren hier die Ausführungen des deutschen Referenten B. Mueller, der die Vorschläge des Generalsyndikus des DDAC., RA. Trendel, München, auf Bildung einer Reichsausgleichskasse für Verkehrsunfallpersonenschäden befürwortete. Die Kasse soll die Stellung einer Berufsgenossenschaft haben und die Schäden analog der Unfallgesetzgebung regeln. Dieser Vorschlag fand offenbar den Beifall der Mehrheit der Versammlung. Eine derartige Lösung des Problems Verkehrsunfallschäden-Zwangshaftpflichtversicherung erscheint in der Tat außerordentlich einleuchtend, und es ist dringend zu hoffen, daß diese Pläne möglichst bald verwirklicht werden. Die deutsche Unfallgesetzgebung und genossenschaftliche Organisation der verschiedenen Berufszweige ist so vorbildlich und segensreich, daß man kaum verstehen kann, daß das so brennende Verkehrsunfallproblem insoweit bis heute noch keiner befriedigenden Lösung zugeführt werden konnte. Die berufsgenossenschaftliche Regelung erscheint mir auch in jeder Beziehung besser und vorteilhafter zu sein als eine Zwangshaftpflichtversicherung des einzelnen Kraftfahrers.

Der dritte Tag stellte mit dem Referat von Prof. Jungmichel, Göttingen, über den „Alkoholgehalt des Blutes und seine kriminalistische Bedeutung für den Verkehrsunfall" die zur Zeit wohl wichtigste forensische Frage zur Debatte. Die ausgezeichneten Ausführungen des hervorragenden Kenners dieses Gebietes erweckten großen Beifall und riefen die lebhafteste Diskussion hervor, an der sich auch der Entdecker des heute in den meisten Ländern benutzten Blutalkoholbestimmungsverfahrens, der schwedische Forscher Widmark beteiligte. Ich hoffe, demnächst in einer Ergänzung zu meinen Ausführungen in JW. 1937, 2336 näher auf das Ergebnis der Erörterungen dieser Frage zurückkommen zu können. Jungmichel betonte die Zuverlässigkeit und Beweiskraft des Widmarkschen Verfahrens und die Notwendigkeit medizinischer Erfahrung bei der forensischen Auswertung des Ergebnisses der Alkoholblutprobe, die nur von forensisch erfahrenen Ärzten sachgemäß vorgenommen werden könne, weil sie nur so jede Schematisierung, die auf das schärfste abzulehnen sei, ausschließen könne. Nach den Ausführungen Jungmichels kann auch eine geringe Blutalkoholkonzentration, u. U. schon eine solche unter 1‰ Verkehrsuntüchtigkeit herbeiführen, bei der endgültigen Beurteilung seien aber stets sämtliche inneren und äußeren Umstände des einzelnen Unfalles zu berücksichtigen. Bislang seien keine sonst unschädlichen Medikamente oder andere Mittel bekannt, durch welche die Alkoholverbrennungsgeschwindigkeit wesentlich beschleunigt bzw. die Trunkenheitserscheinungen erheblich gemindert werden könnten, hingegen vermöchten besondere Umstände (Ermüdung, Krankheit usw.) sie zu beschleunigen. Jungmichel wies zuletzt auch darauf hin, daß sich die Bedeutung der Blutalkoholuntersuchungen über den Verkehrsunfall hinaus auf andere Gebiete, wie Versicherungsrecht, Zurechnungsfähigkeit, gewaltsame Todesarten u. a. erstreckten. Dem Referat Jungmichels folgten eine ganze Reihe von Vorträgen, die wegen der vorgeschrittenen Zeit allerdings meist allzu sehr abgekürzt werden mußten, die jedoch ungekürzt in dem Druckbericht über die Arbeit des Kongresses erscheinen werden. LGDir. Dr. A. Hellwig, Potsdam, erläuterte den Standpunkt des Juristen zur Frage „Alkohol und Verkehrsunfall". OStA. Dr. Krug vom RJM. betonte den großen Wert der Forschungsarbeiten auf diesem Gebiete für die Arbeit der Gerichte und überbrachte Hinweise und Anregungen der Justizverwaltung.

Von weiteren Vorträgen seien noch erwähnt die von Szász Kaposvár, über Länge und Knochendimensionen des Fötus" und Miloslavich, Zagreb, über „tödliche Rattenbißverletzungen".

Die letzten Vorträge beschäftigten sich zunächst mit Fragen der Erbbiologie und der Blutgruppenbestimmung (Sand [Kopenhagen], Christiaens [Lille], Ponsold [Halle]). Nach weiteren Vorträgen von Prof. Nippe, Königsberg, über „Untersuchungen über Fettwanderung in der Leiche", Prof. Schrader, Halle, über den histochemischen Urämienachweis bei Leichenfäulnis und Prof. Schmidt, Bonn, über „Bildung und Reduktion von Methämoglobin in der Leiche" schloß die Tagung mit einer sehr interessanten und lebhaft beachteten Demonstration eines Röntgenfilms über die Wirkung technischer Elektrizität auf Kreislauf und Atmung von Versuchstieren durch den Präsidenten des Kongresses, Prof. Pietrusky, Bonn.

Die Krönung der Tagung bildete die Gründung einer Internationalen Akademie für gerichtliche und soziale Medizin mit dem Sitz in Rom unter dem Präsidium von Pietrusky (Bonn) und Leclerc (Lille). Der nächste Internationale Kongreß soll im Jahre 1941 in Kopenhagen unter dem Vorsitz von Prof. Sand stattfinden.

Zustellung von Pfändungs- und Überweisungsbeschlüssen bei der Wehrmacht (Heer)

Über die Zuständigkeiten der Dienststellen der Wehrmacht für die Zustellung von Pfändungs- und Überweisungsbeschlüssen herrscht in der Praxis im allgemeinen noch Ungewißheit. Es ist festgestellt, daß die bei den Wehrmachtdienststellen eingehenden Pfändungsbeschlüsse von den Gläubigern überwiegend unrichtig zugestellt werden. Den Heeresdienststellen wird dadurch eine zeitraubende Mehrarbeit aufgebürdet. Den Gläubigern entstehen Mehrkosten, welche nicht erstattungsfähig sind.

Daher soll auf den Erlaß des RKriegsM. und Oberbefehlshabers der Wehrmacht v. 1. Nov. 1937 (veröffentlicht im RMinBl. v. 11. Dez. 1937 Nr. 49) und ferner auf die Heeresdruckvorschrift (HDv.) 3/12 aufmerksam gemacht werden. Durch diesen Erlaß ist die Vertretung des Wehrmachtsfiskus grundsätzlich geregelt worden. Die Heeresdruckvorschrift 3/12 ist im Verlag „Offene Worte", Berlin W 35, erschienen.

Bei der Bezeichnung des Reichsfiskus ist jetzt zu unterscheiden zwischen

Reichsfiskus (Wehrmacht) — in Angelegenheiten, die vom Oberkommando der Wehrmacht oder von einer ihm nachgeordneten Dienststelle der Wehrmacht (z. B. RKriegsG.) für die drei Wehrmachtteile gemeinsam bearbeitet werden —,
Reichsfiskus (Heer),
Reichsfiskus (Kriegsmarine),
Reichsfiskus (Luftfahrt) — umfaßt Angelegenheiten der Luftwaffe und den nichtmilitärischen Geschäftsbereich des RLuftfahrtsM —.

Die drei Wehrmachtteile werden also gesondert und untereinander völlig unabhängig verwaltet. Dementsprechend kann ein Pfändungs- und Überweisungsbeschluß nur je nach der Zugehörigkeit des Schuldners bei dem betreffenden Wehrmachtteil zugestellt werden.

Hinsichtlich der Zuständigkeiten der Dienststellen des Heeres, denen die Zuständigkeiten der übrigen Wehrmachtteile im allgemeinen entsprechen, sollen in kurzen Zügen die folgenden Gesichtspunkte bekanntgemacht werden:

1. Bei Pfändungen gegen Angehörige (Offiziere, Soldaten, Beamte) des Heeres ist für die Zustellung des Pfändungsbeschlusses zuständig
   a) das Oberkommando des Heeres, wenn der Schuldner ein General oder Chef (Vorsteher) einer dem Oberkommando des Heeres unmittelbar unterstellten Dienststelle ist oder dem Oberkommando des Heeres angehört oder zum Oberkommando des Heeres, zu auswärtigen Botschaften oder Gesandtschaften kommandiert ist;
   b) die unmittelbar übergeordnete Dienststelle, wenn der Schuldner Kommandeur, Chef (Vorsteher) einer dem Oberkommando des Heeres nicht unmittelbar unterstellten Dienststelle ist (ebenso bei Kriegsmarine und Luftfahrt);
   c) im übrigen die Dienststelle, zu welcher der Schuldner gehört oder kommandiert ist. Die unterste Dienststelle ist die Kompanie, Schwadron, Batterie usw.

   (Ebenso bei Kriegsmarine und Luftfahrt.)

   Bei der Zwangsvollstreckung gegen Angehörige der Wehrmacht ist die Vorschrift des § 752 ZPO. zu beachten, wonach die Zwangsvollstreckung gegen einen Soldaten oder einen Wehrmachtbeamten erst beginnen darf, nachdem die vorgesetzte Dienststelle davon Anzeige erhalten hat.

2. Bei Pfändungen gegen ehemalige Angehörige des Heeres oder ihre Hinterbliebenen wegen Wartegeld, Ruhegehalt oder Versorgungsgebührnissen ist für die Zustellung des Pfändungsbeschlusses das Wehrbezirkskommando (Versorgungsabteilung) zuständig, das die Versorgungsgebührnisse des Schuldners zahlt.

   (Ebenso Kriegsmarine und Luftfahrt.)

3. **Pfändungsbeschlüsse gegen Angestellte und Arbeiter des Heeres wegen ihres Arbeits- oder Dienstlohnes sind der Dienststelle zuzustellen, bei welcher der Schuldner tätig ist.** (Ebenso Kriegsmarine und Luftfahrt.)

4. Bei Pfändungen gegen Personen, welche nicht zu den Angestellten oder Arbeitern des Heeres gehören, aber zum Heere in vertraglichen oder sonstigen rechtlichen Beziehungen stehen, ist der Pfändungsbeschluß derjenigen Dienststelle zuzustellen, welche bei vertraglichen Ansprüchen den Reichsfiskus verpflichtet hat oder bei außervertraglichen Ansprüchen den Reichsfiskus im Rechtsstreit vertritt oder zu vertreten hätte.
(Ebenso Kriegsmarine und Luftfahrt.)

Als Dienststellen, welche bei vertraglichen Ansprüchen den Reichsfiskus (Heer) verpflichten können, kommen (neben dem Oberkommando des Heeres in Sonderfällen) insbesondere die Wehrkreisverwaltungen, die Heeresstandortverwaltungen, die Verpflegungs- (Haupt-) Ämter und die Heeresbauämter in Betracht. Es muß also in jedem einzelnen Falle zunächst festgestellt werden, welche Dienststelle für die Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses zuständig ist. Deshalb ist grundsätzlich zu empfehlen, vor Zustellung des Pfändungsbeschlusses bei einer Dienststelle des Heeres, welche dafür zunächst am besten geeignet scheint, eine Auskunft einzuholen.

Für die Zustellung von Pfändungsbeschlüssen, welche **außervertragliche** Ansprüche betreffen, sind im allgemeinen die Wehrkreisverwaltungen zuständig, weil diese den Reichsfiskus grundsätzlich im Rechtsstreit vertreten oder zu vertreten hätten. Unter den Wehrkreisverwaltungen ist jeweils diejenige zuständig, in deren Bezirk der Anspruch begründet worden ist (RMinBl. v. 11. Dez. 1937 Nr. 49 S. 737 II B 1 a Satz 2; HDv. 3/12 II B 1 a Satz 2).

Nach der Ausführungsanweisung zu der Vorschrift über die Vertretung des Reichsfiskus (Heer) ist den Dienststellen des Heeres bei der Behandlung von Pfändungsbeschlüssen folgendes vorgeschrieben:

Wenn die Dienststelle, welcher der Pfändungsbeschluß zugestellt worden ist, zwar zuständig ist, aber die Anzeige nach § 752 ZPO. fehlt, so ist die Dienststelle des Heeres verpflichtet, den Pfändungsgläubiger unverzüglich von der Unwirksamkeit der Pfändung zu benachrichtigen. Wird die Anzeige nachgeholt, so ist die Pfändung als im Zeitpunkt des Eingangs der Anzeige wirksam anzusehen.

Ist einer nichtzuständigen Dienststelle zugestellt worden, so wird der Beschluß sofort dem Gläubiger unter Angabe der Gründe zurückgesandt. Gleichzeitig wird die zuständige Dienststelle angegeben, wenn diese zweifelsfrei ermittelt werden kann. Eine Weiterleitung an die zuständige Dienststelle ist ausgeschlossen. Diese Regelung ist mit Rücksicht darauf getroffen worden, daß bei einer anderen Behandlung es schwer sein würde, bei mehreren Pfändungen den Rang des Pfandrechtes festzustellen.

Im übrigen werden die richtig zugestellten Pfändungsbeschlüsse von den Dienststellen an die in Betracht kommenden Zahlstellen zur Erledigung unverzüglich weitergeleitet.

Einer besonderen Erörterung bedarf die Zustellung von Pfändungsbeschlüssen, welche die auf Grund des WehrleistG. v. 13. Juli 1938 den Leistungspflichtigen zu zahlende Vergütung oder Entschädigung (etwa bei Kraftfahrzeugen) betreffen (§ 26 WehrleistG.), wenn Gliederungen der Wehrmacht als Leistungsberechtigte in Erscheinung getreten sind. Bei diesen Vergütungen und Entschädigungen handelt es sich weder um vertragliche noch um außervertragliche, sondern — wie bei den Ansprüchen nach dem RVersorgG. — um **gesetzliche** Ansprüche. Die Ansprüche nach dem RVersorgG. richten sich gegen die Wehrbezirkskommandos (Versorgungsabteilung), die Ansprüche nach dem WehrleistG. (§ 26) gegen die Bedarfsstellen. Nach beiden Gesetzen ist für die Durchfechtung der Ansprüche nur der Verwaltungsweg gegeben und der ordentliche Rechtsweg ausgeschlossen. Demnach dürften für die Zustellung der Pfändungsbeschlüsse bei Pfändungen der den Leistungspflichtigen nach dem WehrleistG. zustehenden Ansprüche die **Bedarfsstellen** zuständig sein — entsprechend der Zuständigkeit der Wehrbezirkskommandos für die gesetzlichen Ansprüche nach dem RVersorgG.

Die Bedarfsstellen haben die Aufgabe, die richtig zugestellten Pfändungsbeschlüsse an die zuständigen Zahlstellen weiterzuleiten, die unrichtig zugestellten an die Gläubiger zurückzusenden.

Eine allgemeine Zuständigkeit der Wehrkreisverwaltungen kann jedenfalls nicht in Betracht kommen. Vielmehr kann die Zuständigkeit der Wehrkreisverwaltungen nur in den Einzelfällen gegeben sein, in denen sie selbst Bedarfsstellen sind.

Als Bedarfsstellen kommen aber nicht nur Dienststellen der Wehrmacht in Betracht. Vielmehr sind zur Inanspruchnahme der Leistungen auch andere staatliche und mit staatlichen Aufgaben betraute Bedarfsstellen berechtigt (§ 2 Abs. 1 WehrleistG.). Es ist deshalb ratsam, vor Vollstreckung in die Vergütung eines Leistungspflichtigen eingehende Auskünfte darüber einzuholen, welche Bedarfsstelle die Leistung in Anspruch genommen hat. Vor Zustellung eines Pfändungsbeschlusses bei der Wehrmacht empfiehlt es sich, zunächst darüber Erkundigungen einzuziehen, ob überhaupt eine Dienststelle der Wehrmacht Bedarfsstelle war.

So wird z. B. darauf hingewiesen, daß für die Zustellung von Pfändungsbeschlüssen, die die Vergütung für im Westen eingesetzte Kraftfahrzeuge usw. betreffen, Heeresdienststellen überhaupt nicht zuständig sind. Nähere Auskunft gibt in Zweifelsfällen das Oberkommando der Wehrmacht in Berlin.

Ebensowenig sind die Dienststellen des Heeres für die Zustellung von Pfändungsbeschlüssen, welche die Vergütung der im Westen eingesetzten Arbeitskräfte pfänden sollen, zuständig. Auskünfte werden hier am besten bei der Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung eingeholt.

Mitget. v. Assessor **Möllers**, Münster i. W.

Das Kündigungsrecht wegen eines jüdischen Mieters

Von Staatsanwalt **Friedrich Wilhelm Adami**, Berlin

Die Frage, ob ein arischer Hauseigentümer berechtigt ist, einem jüdischen Mieter wegen seiner Rassezugehörigkeit die Wohnung zu kündigen, ist bisher in der Rechtsprechung in widersprechender Weise entschieden worden. Dasselbe gilt für die Annahme eines Kündigungsrechts des arischen Mieters für den Fall, daß der Vermieter später einen jüdischen Mieter aufnimmt.

Daher erscheint eine grundsätzliche Prüfung der Frage geboten, ob der Vermieter wegen der Zugehörigkeit eines Mieters zu der jüdischen Rasse ein Kündigungsrecht wegen eines wichtigen Grundes oder auf Grund des MietSchG. hat und welche Auswirkungen die Vermietung von Wohnräumen an einen Juden auf das zwischen dem Vermieter und den arischen Mietern bestehende Mietverhältnis hat.

I. Kündigungsrecht des arischen Vermieters

1. Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde

Die Rechtsprechung hat mit Rücksicht darauf, daß im BGB. (§§ 553, 554) den **persönlichen** Beziehungen zwischen Vermieter und Mieter und den daraus entstehenden Störungen des Vertragsverhältnisses keine Rechnung getragen ist, für diese Fälle ein besonderes außerordentliches Kündigungsrecht anerkannt[1]).

Die Entscheidung darüber, ob ein wichtiger Kündigungsgrund vorliegt, kann nur **aus dem Wesen des Mietverhältnisses heraus** getroffen werden.

Das Mietverhältnis wurde vor der nationalsozialistischen Erhebung lediglich als schuldrechtliche Beziehung zwischen dem Vermieter und dem Mieter angesehen und erschöpfte sich in einer Regelung der als sich grundsätzlich feindlich gegenüberstehend gedachten Einzelinteressen des Mieters auf der einen Seite und des Vermieters auf der anderen. Nach nationalsozialistischer Rechtsauffassung ist jedoch dem Mietverhältnis der Begriff der **Hausgemeinschaft**[2]) wesenseigen. Dieser Gesichtspunkt der Hausgemeinschaft beinhaltet, daß Vermieter und Mieter nicht mehr nur einzelne Personen mit eigen-

[1]) Vgl. RGZ. 78, 389 = JW. 1912, 537[16]; RGZ. 94, 236; 149, 88 = JW. 1936, 503[3] m. Anm.

[2]) Vgl. hierzu: Danielcik „Grundgedanken des nationalsozialistischen Mietrechts“: DRechtspfl. 1936, 317 ff.

süchtigen und grundsätzlich entgegengesetzten Interessen sind, sondern darüber hinaus in die Gesamtheit aller die Hausgemeinschaft bildenden Hausbewohner (Vermieter und die Mieter) hineingestellt und damit in einen volksgenössischen Gemeinschaftsbereich eingefügt werden. Die sich hieraus ergebenden Rechte und Pflichten der einzelnen Hausbewohner untereinander haben naturgemäß in dem gesamten bisherigen Mietrecht des BGB. und des MietSchG. noch keine Berücksichtigung gefunden, wohl aber als ungeschriebenes Recht Wesen und Inhalt des Mietverhältnisses mit einem neuen Gedankengut erfüllt.

Der Gedanke der Hausgemeinschaft ergibt sich ohne weiteres aus dem Gemeinschaftsdenken des Nationalsozialismus und entspricht etwa dem Gedanken der nationalsozialistischen Betriebsgemeinschaft, die auch die bisher als sich grundsätzlich feindlich gegenüberstehend angesehenen Interessen der „Arbeitgeber" und „Arbeitnehmer" in die höhere Ebene der Gemeinschaftsverpflichtung erhob.

Die konkrete Bedeutung der Hausgemeinschaft, die gleichsam eine Generalklausel des gesamten Mietrechts ist, zeigt sich nicht nur in der gemeinsamen Benutzung von gemeinschaftlichen Räumen, Anlagen und Einrichtungen (z. B. gemeinschaftlichen Waschküchen, Zentralheizungsanlagen, Treppen, Fluren, Antennen), sondern auch in der Pflicht zur gemeinsamen Abwehr von Gefahren, insbesondere zur Sicherung des Hauses im Rahmen des Luftschutzdienstes.

Der nationalsozialistische Gemeinschaftsgedanke, aus dem der Hausgemeinschaftsgedanke hervorgegangen ist, kann seinem Wesen nach nur unter Menschen gleicher Art und gleichen Blutes verwirklicht werden. Es bedarf keiner weiteren Erläuterung, daß Juden an diesem Gemeinschaftsleben wegen ihrer Rassezugehörigkeit keinen Anteil haben können. Da das Bestreben des Nationalsozialismus auf allen Gebieten des völkischen Lebens auf eine reinliche und klare Scheidung zwischen dem Deutschen und dem Juden hinarbeitet, müssen diese Gesichtspunkte bei der Frage des Kündigungsrechts berücksichtigt werden.

Schon aus dem Grundgedanken der Hausgemeinschaft, der Magna Charta des Mietrechts, heraus muß dem arischen Vermieter dieses Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde zugestanden werden. Die Unzumutbarkeit einer Fortsetzung des Vertrages für den arischen Vermieter ergibt sich aber auch daraus, daß jedes Mietsverhältnis ein besonderes gegenseitiges Vertrauen des Vermieters und des Mieters erfordert und voraussetzt, ganz abgesehen davon, daß fortgesetzte Begegnungen und gemeinsame Benutzung von Einrichtungen unvermeidbar sind. Da sich die ablehnende Einstellung des deutschen Volkes zum Teil erst nach und nach unter der Erziehungsarbeit der nationalsozialistischen Bewegung und infolge der feindseligen Haltung des Weltjudentums entwickelt hat, kann dem Hauseigentümer nicht entgegengehalten werden, er habe schon bei Abschluß des Mietvertrages Kenntnis von der jüdischen Rassezugehörigkeit des Mieters gehabt.

Völlig verfehlt sind die Ausführungen des AG. Berlin-Charlottenburg in einem Urteil vom 15. Okt. 1938, 9 C 1046/38, daß die „Eigenschaft als Jude" allein deshalb noch kein Kündigungsgrund sei, weil eine dahingehende Gesetzesbestimmung noch nicht ergangen sei und weil die 4. und 5. VO. z. ReichsbürgerG. v. 25. Juli und 27. Sept. 1938 (RGBl. 1938 I, 969, 1403) ein besonderes Kündigungsrecht für ganz bestimmte Einzelfälle (gegenüber jüdischen Ärzten und Rechtsanwälten) anerkannt habe. Daß der Ruf nach dem Gesetzgeber nicht geeignet ist, eine Auslegung des Gesetzes nach weltanschaulichen Gesichtspunkten zu hindern, sollte selbstverständlich sein. Die Notwendigkeit der Festlegung besonderer Kündigungsvorschriften aus Anlaß des Ausscheidens jüdischer Rechtsanwälte und Ärzte aus dem Rechts- und Gesundheitsdienst des deutschen Volkes war schon deshalb begründet, weil dieses außerordentliche Kündigungsrecht auch den Juden zugestanden werden sollte.

In dem angeführten Urteil wird weiter der Gesichtspunkt vorgebracht, die von den Wohnungsämtern den arischen wie den jüdischen Staatsbürgern gewährten Mietsbeihilfen, die ihnen die Erhaltung ihrer Wohnung ermöglichten, seien ein Beweis dafür, daß ein Unterschied in der Kündigungsfrage für Volksgenossen und Juden nicht bestehen solle. Das vermag ebenfalls nicht zu überzeugen, denn einmal wird die Beihilfe für einen jüdischen Mieter nicht deshalb gezahlt, damit er gerade in einer bestimmten Wohnung verbleibe, sondern damit er überhaupt eine Wohnung sich halten kann, und zum anderen hat eine Mietbeihilfe nichts mit der Frage der Ablehnung des Mieters durch den Vermieter aus persönlichen, nämlich weltanschaulich-politischen Gründen zu tun.

2. Kündigung auf Grund des MietSchG.

Soweit die Wohnungen dem MietSchG. unterstehen, kann ein Kündigungsrecht entweder aus § 2 (wenn sich der Mieter „einer erheblichen Belästigung des Vermieters oder eines Hausbewohners schuldig gemacht" hat) oder aus § 4 (bei „dringendem Interesse an der Erlangung des Mietraumes") hergeleitet werden.

Es ist aber zunächst zu prüfen, ob das MietSchG. überhaupt auf jüdische Mieter Anwendung findet.

a) Anwendbarkeit des MietSchG. auf jüdische Mieter?

Die Aufgabe des MietSchG. besteht darin, dem Mieter ein gesetzlich besonders geschütztes Wohnrecht zu gewähren; insbesondere soll der Mieter gegen Kündigung gesichert werden. Daher ist eine Kündigung des Mieters nur unter den besonderen, im MietSchG. ausdrücklich erwähnten Kündigungsgründen möglich. Da eine Beschränkung der Anwendbarkeit des MietSchG. auf Volksgenossen oder ein Ausschluß der Anwendbarkeit des MietSchG. hinsichtlich jüdischer Mieter nicht erfolgt ist, wurde — wie auch sonst grundsätzlich in der Auslegung der Gesetze — ein Unterschied in dieser Richtung nicht gemacht.

Der Hausgemeinschaftsgedanke ist als stets anzustrebende Grundlage jedes Mietverhältnisses nur unter Ausschluß der Juden möglich. Die Tatsache, daß die Anwendbarkeit des MietSchG. zugunsten jüdischer Mieter die seit den Nürnberger Gesetzen angebahnte Scheidung zwischen Arier und Juden auf dem Gebiet des Wohnrechts hindert, ist bis zum 7. Nov. 1938 — der Ermordung des deutschen Gesandtschaftsrat vom Rath durch einen jüdischen Mörder — allein noch nicht ausreichend gewesen, eine Anwendbarkeit des MietSchG. auf jüdische Mieter zu verneinen. Bis zu diesem Zeitpunkt hat das deutsche Volk trotz schwerer weltanschaulicher Bedenken das Judentum in einem gewissen Rahmen noch geduldet. Bis dahin konnte man sich auch mit der Anwendbarkeit des MietSchG. auf jüdische Mieter, also mit der Gleichbehandlung der Juden auf dem Gebiet des Wohnrechts, noch abfinden. Daß auch die Gesetzgebung des Reiches diese Haltung einnahm, ergibt sich aus den VO. v. 25. Juli 1938 und 27. Sept. 1938, die auch den jüdischen Ärzten und Rechtsanwälten (ebenso wie den Vermietern) ein besonderes Kündigungsrecht gewährten.

Die Mordtat v. 7. Nov. 1938 hat jedoch einen grundlegenden Wandel in der Stellung der Juden im Deutschen Reich hervorgerufen. Das grundsätzliche Streben nach einer möglichsten Trennung von Juden und Ariern ist nunmehr unter dem Eindruck dieser furchtbaren, gegen das deutsche Volk selbst gerichteten Bluttat zu der konkreten Forderung geworden, daß nunmehr alle „Gemeinschaftsverhältnisse" mit Juden möglichst schnell beendet werden müssen.

Unter diesem Gesichtspunkt gesehen ist nunmehr eine weitere Anwendbarkeit des MietSchG. zugunsten jüdischer Mieter abzulehnen, wie auch das LG. Berlin in seinem Urteil v. 7. Nov. 1938 (248 S 4057/38) anerkannt hat[3]).

Aber selbst wenn man diesen Ausführungen nicht zu folgen vermag, führt auch eine richtige Auslegung des § 2 und des § 4 MietSchG. zur Anerkennung eines Kündigungsrechts des arischen Vermieters.

[3]) In diesem Heft abgedr. S. 3242 [22]. Wenn dieses Urteil die Anwendbarkeit des MietSchG. auch für den Fall ablehnt, daß von einem Mieterehepaar nur ein Teil jüdisch und der andere arisch ist, so dürfte das zu weit gehen.

b) Zur Auslegung des § 2 MietSchG.

Voraussetzung einer Kündigung aus § 2 MietSchG. ist, daß sich der Mieter einer „erheblichen Belästigung des Vermieters oder eines Hausbewohners schuldig gemacht" hat und daß „das Verhalten des Mieters ein solches war, daß dem Vermieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann".

Da zur Auslegung des § 2 MietSchG. der das gesamte Mietrecht beherrschende Gedanke der Hausgemeinschaft zugrunde zu legen ist, kann es gar keinem Zweifel unterliegen, daß der jüdische Mieter in jedem Falle durch sein Wohnen in dem Hause eines deutschen Volksgenossen die Hausgemeinschaft stört und eine „erhebliche Belästigung des Vermieters und der anderen Hausbewohner i. S. des § 2 MietSchG. herbeiführt".

Ein Verschulden des jüdischen Mieters liegt dann vor, wenn er dem aus dem Gedanken der Hausgemeinschaft berechtigten Räumungsverlangen des arischen Vermieters nicht nachkommt.

Sobald sich also der arische Vermieter zu der Ablehnung des jüdischen Mieters bekennt und damit i. S. der nationalsozialistischen Bestrebungen, Deutsche und Juden klar zu scheiden, handelt, macht sich der Jude in jedem Falle einer erheblichen Belästigung schuldig, wenn er diesem Verlangen entgegen in der Wohnung verbleibt. Es geht keinesfalls an, den Vermieter mit der Begründung abzuweisen, er habe vor dem Abschluß des Mietvertrages genügend Gelegenheit gehabt, die Frage der Rassenzugehörigkeit und ihre Bedeutung für den Mietvertrag zu prüfen, weil es sich hier um das höhere politische Ziel handelt und außerdem die Ablehnung des Juden seitens des Vermieters auch durch plötzliche Ereignisse — wie z. B. den hinterhältigen Mord in Paris am 7. Nov. 1938 — aus berechtigtem völkischen Zorn erst entstanden sein kann.

Da § 2 MietSchG. verlangt, daß der Mieter diese Belästigung auch verschuldet hat, haben mehrfach Gerichte das Räumungsbegehren des arischen Vermieters mit der formalen Begründung zurückgewiesen, der jüdische Mieter habe die Belästigung (Zugehörigkeit zu der jüdischen Rasse!) nicht „verschuldet". So hat das AG. Hindenburg[4]) in einem Urteil v. 12. Sept. 1938 ausgeführt, die Tatsache, daß die Bekl. Jüdin sei, stelle kein Verschulden i. S. des § 2 MietSchG. dar. Ähnlich hat sich das AG. Nürnberg[4]) in einem Urteil v. 6. Mai 1938 geäußert und erklärt: „Öffentlich-rechtliche Bestimmungen politischer Art sind aber hier, wo es sich um ein bürgerlich-rechtliches Mietsverhältnis handelt, nicht anwendbar." Diese Ausführungen wären in der Systemzeit berechtigt gewesen, weil damals eine einheitliche politische Ausrichtung und ein einheitlicher politischer Wille überhaupt nicht vorhanden war. Die weltanschauliche Einheit in Volk und Staat unter der weltanschaulichen Führung der NSDAP. verlangt aber, daß das nationalsozialistische Gedankengut in seiner Durchsetzung nicht von staatlichen Dienststellen gehindert wird. Der absolute Primat des Politischen und der unabdingbare Vorrang der völkischen Gemeinschaftsinteressen gegenüber den Individualinteressen sind für uns heute so selbstverständlich, daß der angeführte Satz aus dem Urteil des AG. Nürnberg eine völlige Verkennung der gegenwärtigen Rechtslage offenbart.

Ebenso verfehlt ist eine Bemerkung des AG. Spandau[4]) v. 1. Okt. 1938: „Der Führer und die übrigen zuständigen Reichsstellen haben bisher noch kein Gesetz und keine Verordnung erlassen, nach denen für die jüdischen Mieter das MietSchG. keine Anwendung findet." Wenn sich ein Gericht für berechtigt hält, sich auf den Führer zu berufen, dann sollte das nicht immer zu dem Zweck geschehen, eine politisch falsche Entscheidung zu „begründen". Der Ruf nach dem Gesetzgeber sollte solange unterbleiben, als ein gerechtes und billiges Ergebnis durch eine einfache Auslegung des Gesetzes und aus dem Wesen des Mietvertrages heraus erreicht werden kann.

[4]) Vgl. „Das Schwarze Korps" 44/1938: „So fordert man die Entjudung!"

In diesem Zusammenhang pflegen manche Gerichte dann noch darauf hinzuweisen, daß eine Räumungsklage schon deshalb nicht möglich sei, weil seit dem Entstehen des Aufhebungsgrundes (Rassenzugehörigkeit!) mehr als ein Jahr (vgl. § 2 III MietSchG.) verstrichen ist.

Das AG. Halle hat in einem Urteil v. 18. Aug. 1938, 27 C 247/38[5]) zutreffend anerkannt, daß ein jüdischer Mieter, der dem Räumungsverlangen des Vermieters keine Folge leistet, sich durch die Störung der Hausgemeinschaft einer erheblichen Belästigung i. S. des § 2 MietSchG. schuldig macht. Nicht auf die Zugehörigkeit zur jüdischen Rasse wird die Entscheidung abgestellt — sonst würde die Klage an § 2 III MietSchG. scheitern —, sondern auf das weitere Wohnenbleiben des in einer Wohnung unerwünschten Juden entgegen dem aus dem Grundgedanken der Hausgemeinschaft berechtigten Räumungsverlangen des Vermieters. Mit Recht weist das Gericht darauf hin, daß der nationalsozialistische Staat auf das Bestehen und die Pflege einer wahren Hausgemeinschaft einen besonderen Wert legt und diese Einstellung i. S. der Hausgemeinschaft von jedem Volksgenossen fordert, daß deshalb dem Vermieter und den Mietern arischer Abstammung im Interesse der Erhaltung dieser Hausgemeinschaft nicht zugemutet werden kann, mit Juden unter einem Dache zu wohnen.

Wenn auch die angeführte Entscheidung des AG. Halle anscheinend das Räumungsverlangen des arischen Vermieters nur dann für berechtigt hält, wenn es durch eine Ablehnung des jüdischen Mieters seitens der übrigen Mieter arischer Abstammung hervorgerufen worden ist, so beansprucht doch der Grundsatz ganz allgemeine Geltung, da heute jeder Vermieter ohne weiteres mit einer solchen be- oder entstehenden Einstellung seiner jetzigen oder zukünftigen Mieter rechnen muß und da im übrigen auch in dem Verhältnis zwischen dem Vermieter und dem jüdischen Mieter keine Hausgemeinschaft möglich ist und durch sein Räumungsverlangen seine ablehnende Einstellung gegen den Juden zum Ausdruck gebracht worden ist.

c) Zur Auslegung des § 4 MietSchG.

Nach § 4 I Satz 1 kann der Vermieter auf Aufhebung des Mietverhältnisses klagen, wenn für ihn aus besonderen Gründen ein so dringendes Interesse an der Erlangung des Mietraums besteht, daß auch bei Berücksichtigung der Verhältnisse des Mieters die Vorenthaltung eine schwere Unbilligkeit für den Vermieter darstellen würde. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß der Vermieter in jedem Falle ein dringendes Interesse an der Entfernung des Juden hat, gleichgültig ob er die Wohnung zu eigenem Bedarfe oder zur Vermietung an einen Volksgenossen erlangen will. Die „besonderen Gründe" des § 4 MietSchG. ergeben sich aus dem politisch-weltanschaulichen Bereich. Diesen Gründen gegenüber ist jedes eigene Interesse des jüdischen Mieters unbeachtlich. Es kann dem arischen Hauseigentümer heute keinesfalls mehr zugemutet werden, einen jüdischen Mieter in seinem Hause dulden zu müssen. Dem Vermieter muß daher das Kündigungsrecht aus § 4 MietSchG. zur Seite stehen.

II. Kündigungsrecht des arischen Mieters

Bei der dargelegten großen Bedeutung der rassischen Zusammenhänge auch für einen Mietvertrag muß auch einem Mieter, wenn in dem Hause, in dem er wohnt, jüdische Mieter wohnen oder später einziehen, ein außerordentliches Kündigungsrecht (s. oben I 1) zugestanden werden. Zu Unrecht prüft das OLG. Köln in einem Urteil v. 19. Nov. 1937, 9 U 273/37[6]) nach objektiven Gesichtspunkten, inwieweit das Zusammenwohnen mit Juden für einen rassebewußten Volksgenossen untragbar ist, und kommt zu dem Ergebnis, daß bei den neuzeitlichen, abgeschlossenen Wohnungen eine erhebliche Belästigung nicht vorhanden sei. Demgegenüber muß aber darauf verwiesen werden, daß der Rassegedanke nicht nur ein persönliches Bekenntnis eines Volksgenossen, sondern zugleich

[5]) Abgedruckt in JW. 1938, 2975[34].

[6]) Vgl. AkadZ. 1938, 171 ff. (dagegen mit Recht: Kiefersauer a. a. O.).

auch ein Grundgesetz der NSDAP. und damit der nationalsozialistischen Staatsordnung ist. Es muß daher — wie das LG. Köln in einem Urteil v. 11. Mai 1938, 2 S 78/38[7]) richtig erkannt hat — genügen, daß der Volksgenosse sich zum Rassenstandpunkt der NSDAP. bekennt und deshalb das Zusammenwohnen mit Juden unter einem Dache ablehnt.

Das OLG. Köln[6]) will dem Mieter zumuten, sich vor dem Einzug in die Wohnung zu erkundigen, ob in dem Hause auch alle anderen Mieter arisch sind. Dagegen wendet sich mit Recht Kiefersauer[6]), der betont, daß bei der Bedeutung des Rassenproblems dem Vermieter zugemutet werden müsse, den Mieter unaufgefordert aufzuklären, ob in dem Haus auch Juden Räume innehaben.

[7]) Vgl. DJ. 1938, 908 ff. (zustimmend: Friedrich a. a. O.).

Erlaß von Zahlungsbefehlen gegen im Lande Österreich wohnhafte Schuldner durch Gerichte im Altreich

Seit der Wiedervereinigung Österreichs mit dem Deutschen Reich ist das Mahnverfahren auch dann zulässig, wenn die Zustellung des Zahlungsbefehls im Lande Österreich erfolgen muß. Die Zustellung des Zahlungsbefehls wird bis zur einheitlichen Regelung des Zustellungswesens zweckmäßig noch nach den Grundsätzen des deutsch-österreichischen Rechtshilfevertrages v. 21. Juni 1923 (RGBl. 1924, II, 55) zu bewirken sein (vgl. hierzu AV. v. 6. April 1938: DJ. 1938, 532).

(AV. d. RJM. v. 19. Nov. 1938, 3733 — IV b³ 1692. — JD. 1938, 1900.)

Schrifttum

Dr. Gottfried Neeße, Leitsätze für ein deutsches Jugendrecht. Stuttgart und Berlin. 1938. W. Kohlhammer Verlag. 110 S. Preis brosch. 3,60 *RM*.

In der vorliegenden Schrift hat Neeße, der bisher vor allem durch verfassungsrechtliche Arbeiten bekannt geworden ist, ein System des nationalsozialistischen Jugendrechts zu entwickeln versucht, wobei er gleichzeitig einen Überblick über die wichtigsten Einzelfragen aus den verschiedenen Gebieten des Jugendrechts gibt und einige Vorschläge für die künftige gesetzliche Gestaltung macht. In dieser Anzeige soll vor allem auf die rechtssystematischen Fragen des neuen Jugendrechts eingegangen werden; eine Darstellung der Einzelfragen würde den Rahmen einer Besprechung weit überschreiten müssen.

Aus dem, was Neeße in der Form von klar gefaßten Leitsätzen, denen jeweils eine kurze Begründung folgt, über das System des Jugendrechts ausführt, lassen sich zwei Hauptfragen feststellen: Einmal die Inhaltsbestimmung des Begriffes „Jugendrecht" und die daraus folgende Abgrenzung zu anderen Rechtsbereichen, sodann die Stellung des Jugendrechts und seiner vier Teile — Jugendverfassungsrecht, Jugendarbeitsrecht, Jugendpflegerecht, Jugendstrafrecht — im Gesamtrechtssystem und in seinen einzelnen Bereichen (Verfassungsrecht, Arbeitsrecht usw.).

1. Bei der inhaltlichen Bestimmung des Begriffes und des Bereiches „Jugendrecht" legt Neeße (im Anschluß an Ausführungen von Freisler) näher dar, daß man unter Jugendrecht nicht mehr die Summe derjenigen Rechtssätze verstehen dürfe, die auf die Minderjährigen Bezug haben, sondern daß in das Recht der Jugend nur diejenigen, aber auch alle diejenigen Fragenkreise einzubeziehen sind, in denen die Jugend selbst den „Brennpunkt" bildet. Was Neeße mit „Brennpunkt" meint, wird an mehreren Stellen sichtbar, wo er von der Jugend als Gemeinschaft oder als völkischer Teilordnung spricht, vor allem aber dort, wo er die Jugendordnung als völkischen Lebensbereich kennzeichnet. Neeße folgt damit der von der Rechtswissenschaft seit einigen Jahren immer stärker erhobenen Forderung, ein neues Rechtssystem zu schaffen, das die lebendige Volksordnung in ihrer natürlichen Gliederung zur Grundlage und zum Inhalt hat[1]). Diesen Gedanken auch für das Jugendrecht fruchtbar gemacht zu haben, ist das besondere Verdienst der Neeßeschen Schrift, wobei der Verf. gleichzeitig treffende Sätze über den Wert eines solchen Systems ausspricht (S. 1 f.): „Ich überschätze den Wert einer Systematik nicht. Der Gehalt eines Rechtsgebietes ist wichtiger als sein System. Aber es ist denkbar, ja wahrscheinlich, daß einmal der Gehalt zu leiden beginnt, wenn es an einem System fehlt. Das Jugendrecht scheint mir dafür ein gutes Beispiel zu sein. Gerade dieses Rechtsgebiet, das in Dutzende einzelner Rechtsgebiete zu zerfließen droht, braucht eine organische Verknüpfung seiner Teilgebiete ebenso notwendig wie eine einheitliche gedankliche Grundlage in seiner Theorie und ein einheitliches Zusammenwirken aller in der Jugendarbeit tätigen Organisationen in seiner Praxis. Es braucht ein System. Wenn es heute noch ein Dasein am Rande des gesamten Rechtes führt und sich bei weitem nicht so durchgesetzt hat wie andere neuerstandene Rechtsgebiete, wie zum Beispiel das Bauernrecht, so hat dies seinen Grund vor allem im Fehlen eines Systems." Für die Geschlossenheit und Eigenart der Jugendordnung konnte Neeße mehrfach auf die Kraft der nationalsozialistischen Jugendführung hinweisen, deren gemeinschaftsbildende Leistung man in der Tat, gerade auch vom rechtssystematischen Standpunkt aus, als die Grundlage des nationalsozialistischen Jugendrechts ansehen muß.

Die Fruchtbarkeit der so gewonnenen Inhaltsbestimmung des Jugendrechts sucht Neeße zunächst für die Abgrenzung der Jugendordnung zum Recht der Familie, der Schule der Minderjährigen usw. zu erweisen (bes. S. 14 f.). Hierbei kann man wohl über Einzelheiten streiten; im ganzen aber ergibt sich doch ein erfreulich klares Bild. (Zu der näheren Abgrenzung des Jugendrechts wie auch zu einigen anderen Einzelfragen, z. B. zu der von Neeße versuchten Unterscheidung von Sühne- und Zuchtstrafe, vgl. Weißleder, „Das Junge Deutschland" 1938 S. 535.)

2. Je geschlossener das Jugendrecht als Rechtsgebiet herausgearbeitet wird, desto schwieriger erscheint die Frage, welche Stellung das Jugendrecht im Gesamtsystem und in seinen einzelnen Bereichen einnimmt, insbes. welche Stellung das Jugendverfassungsrecht im Verfassungsrecht, das Jugendarbeitsrecht im Arbeitsrecht, das Jugendpflegerecht im Erziehungsrecht, das Jugendstrafrecht im Strafrecht einnehmen. Neeße führt hierzu aus, daß die Jugend durch alle nach Aufgaben und Organisation vertikal gegliederten Teile des Volkes als horizontale Gliederung hindurchgehe: „Sie ist nicht staatliche Verwaltung, nicht Wehrmacht oder Wirtschaft, aber sie ist überall vorhanden, ist ein Stück von jedem und doch in sich ein ganzes Eigenes" (S. 7). „Das Jugendverfassungsrecht ist jedoch zugleich ein Teil des nationalsozialistischen Reichsverfassungsrechtes; das Jugendarbeitsrecht ist ein Teil des Arbeitsrechtes; das Jugendpflegerecht gehört teilweise zum Verwaltungsrechte, teilweise zum — noch völlig unausgebildeten und kaum als Rechtseinheit gesehenen — Erziehungsrechte; das Jugendstrafrecht ist ein Teil des Strafrechtes. Diese Verbindungen sind gewachsen und nicht konstruiert. Durch sie ist das Jugendrecht wahrhaft ein Teil des Volksrechtes geworden. Andererseits sind diese Verbindungen nicht so starr und fest, daß sie die Einheit des Jugendrechtes gefährden könnten" (S. 22). „Das Jugendverfassungsrecht ist ein Teil des deutschen Verfassungsrechtes — wenn auch ein Teil, der zugleich mit den übrigen Teilgebieten des Jugendrechts zu einer Einheit verschmolzen ist" (S. 28 f.). „Es ist nicht wesentlich, ob das Jugendarbeitsrecht im Rahmen des Jugendrechtes oder des Arbeitsrechtes behandelt wird. Systematisch gehört es zum Jugendrechte, da sein Schwergewicht im Fragenkreise der Jugenderziehung und nicht in dem des Arbeitsverhältnisses und der Arbeitsordnung liegt" (S. 43).

Alle diese Wendungen zeigen das Ringen um eine klare Systematik, die ohne Zerreißung natürlicher und notwendiger Zusammenhänge die geschlossene Eigenart der Jugendordnung zur Geltung bringen will. Ich glaube, daß man für eine eingehende Untersuchung dieser systematischen Grundfrage von folgenden Erkenntnissen ausgehen muß:

a) Das Jugendrecht ist sicherlich weder im ganzen noch in

[1]) Vgl. hierzu z. B. Busse, „Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung", 1936; dazu, mit grundsätzlichen Ausführungen, Michaelis: DdRN. 1938, 769 ff.; Wieacker: Ztschr. f. d. ges. Staatswiss. 99, 187 ff.; Siebert, „BGB.-System und völkische Ordnung": DtschRechtswissensch. 1936, 204 ff.

seinen Unterabschnitten ein Teilgebiet oder Sondergebiet in dem Sinne, daß hier nur einige „Abweichungen“ von dem „allgemeinen“ Recht (der Erwachsenen) vorlägen. Vielmehr ist das Jugendrecht eine besondere Ausprägung der Gesamtordnung, das Jugendarbeitsrecht eine besondere Ausprägung der Ordnung der Arbeit usw., wobei die Gemeinschaft der Jugend diese besondere Ausprägung zu einer systembildenden und gestaltungskräftigenden Jugendordnung macht. Erziehung, Schutz- und Förderung sind dann die tragenden Grundlagen dieser Jugendordnung.

b) Es trifft nun die lebendige und plastisch zu sehende Gestaltung unserer völkischen Gemeinschaftsordnung noch nicht richtig, wenn man — wie bisher vielfach üblich — diese Jugendordnung als „engere Ordnung innerhalb der Gesamtordnung“ bezeichnet, weil darin immer noch die Abhebung zweier Bereiche zum Ausdruck kommt, wobei die Einwirkung der Gesamtordnung mit einem „Hinübergreifen“ oder einer „Umklammerung“ erklärt werden muß. Dieses Bild gibt immer wieder Anlaß, die Gefahr einer Zerreißung der Einheit, hier die Gefahr einer Loslösung der Jugendordnung von der Gesamtordnung, gegen die neue Systematik ins Feld führen. In der Wirklichkeit unserer Verfassung (Beauftragung des Reichsjugendführers der NSDAP., HJ.-Gesetz, Jugendführer des Deutschen Reiches) sieht das „Verhältnis“ von Jugendordnung zu Gesamtordnung anders aus: es ist die Gesamtordnung selbst, die zu ihrer vollen Entfaltung die Jugendordnung verlangt, so daß die Jugendordnung ein Lebensausdruck und eine Lebensaufgabe der gesamten unteilbaren Ordnung ist.

c) Diese Jugendordnung tritt dann im Verfassungsrecht, Arbeitsrecht, Erziehungsrecht, Strafrecht in folgender Weise in Erscheinung: Als Lebensausdruck der Gesamtordnung durchdringt sie in dem Maß ihrer besonderen Aufgabe die einzelnen Rechtsgebiete, die ihrerseits eine solche Durchdringung verlangen, da sie auf der Gesamtordnung, also auch auf der Jugendordnung, aufbauen. Es ist also stets der einheitliche Gedanke der sachgerechten Entfaltung der Gesamtordnung, der — vom Jugendrecht wie vom Verfassungsrecht, Arbeitsrecht, Strafrecht usw. her — ein Jugendverfassungsrecht, Jugendarbeitsrecht, Jugendpflegerecht, Jugendstrafrecht fordert.

Wenn es sich also beispielsweise darum handelt, ob das materielle Jugendstrafrecht im StGB. oder in einem besonderen Jugendgesetz, oder ob das Berufserziehungsverhältnis der Jugendlichen mit Fragen der Berufsausbildung der Erwachsenen ununterschieden in einem Gesetz geregelt werden soll oder nicht, so geht es nicht darum, ob das Jugendrecht oder das Strafrecht bzw. Arbeitsrecht in diesem „Kampfe“ der „stärkere“ Teil sein soll, sondern darum, ob die Gesamtordnung, die zu ihrer Entfaltung die Jugendordnung sowohl wie etwa die Ordnung der Arbeit geschaffen hat, klarer, sachgerechter und zweckmäßiger zum Ausdruck kommt, wenn das Jugendarbeitsrecht, das Jugendstrafrecht usw. auch in der Gesetzgebung als Ausdruck dieser besonderen Lebensform der Gemeinschaft erscheint. (Das ist m. E. unbedingt zu bejahen.) —

So vermittelt die Arbeit von Neeße zahlreiche Erkenntnisse und Anregungen, die für die Abgrenzung und den Neubau des deutschen Jugendrechts von grundsätzlicher Bedeutung sind und die zugleich einen wichtigen Beitrag für die Schaffung eines nationalsozialistischen Rechtssystems überhaupt darstellen.

Prof. Dr. Wolfgang Siebert, Berlin.

Dr. Gustav Boehmer, Prof. in Marburg, Mitgl. d. Akd. f. Dt. Recht: Vorschläge zur Neuordnung der gesetzlichen Erbfolge (§§ 1924—1936 BGB.). Mit einem Gesetzentwurf. (Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Gruppe Personen-, Familien- und Erbrecht Nr. 5.) Berlin 1938. Verlag Walter de Gruyter & Co. 152 S. Preis brosch. 5 *RM*.

Die Vorarbeiten für die Neugestaltung des bürgerlichen Rechts sind seit langem im Gange, der Erbrechtsausschuß der Akademie für Deutsches Recht hat eine Denkschrift über „Die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge“ (Tübingen 1938) veröffentlicht. Neben dieser Arbeit kommt aber besondere Bedeutung den wissenschaftlichen Beiträgen anerkannter Kenner des Erbrechts zu, unter denen der Vorschlag des Verf. ein eingehendes Studium verdient. Mag man auch im einzelnen mit der vorgeschlagenen Neufassung der §§ 1924—1936 BGB., die in Form eines Gesetzesvorschlages am Schlusse der Arbeit niedergelegt ist, nicht immer einverstanden sein, so bleibt doch die Herausstellung der maßgeblichen Fragenkomplexe und ihre tiefgründige Untersuchung auf geschichtlicher, rechtsvergleichender und rechtspolitischer Grundlage für jeden, der sich mit den Fragen der Abänderung des Erbrechts befaßt, von hervorragender Bedeutung. Grundsätzliche Ausführungen zur Änderung des Erbrechts hat der Verf. bereits bei der Neubearbeitung des Kommentars von Staudinger Bd. V (Einleitung) gemacht (vgl. Besprechung: JW. 1938, 1621) und dabei insbes. den Unterschied zwischen der früheren individualistischen und der nunmehrigen familiensozialistischen Auffassung des Erbrechts der nächsten Familienangehörigen dargelegt. Die vorliegende Abhandlung zieht die weiteren Konsequenzen aus dieser Auffassung. Sie zeigt die Gründe und Grenzen der Familienerbfolge, beschäftigt sich eingehend mit der Parentelenordnung und behandelt in einem besonderen Kapitel das Erbrecht des Ehegatten.

Als erste Konsequenz des richtig verstandenen Zweckes der Familienerbfolge fordert der Verf. ihre Begrenzung auf einen Kreis von näheren Angehörigen und den Ersatz des Erbrechts der weiteren Verwandten durch ein Heimfallrecht des Staates. Wo eine sozialpsychologische und sozialethische Gemeinschaft nicht mehr bestände, wo das Gefühl der Familienverbundenheit unter den Familienmitgliedern nicht mehr vorhanden ist, soll die größere soziale Gemeinschaft, in der der Verstorbene lebte, eintreten und zu ihrem Rechte kommen. Leider mußten die Ausführungen über das Heimfallrecht des Staates in der Arbeit wegen Raummangels auf einige grundlegende Bemerkungen und Verweisungen auf andere Darlegungen des Verf. beschränkt bleiben.

Grundlage des Erbrechts im BGB. ist die Parentelenordnung, deren Beibehaltung daher zunächst zu prüfen ist. Mit dem Verf. wünschen wir eine Rechtsreform, die bewußt bestrebt ist, an frühere Rechtseinrichtungen, sofern sie im Volksbewußtsein verwurzelt sind und sich bewährt haben, anzuknüpfen und sie von fremdrechtlichen Überlagerungen zu säubern. Unter diesen Umständen mußte die Prüfung der Parentelenordnung in einem geschichtlichen und rechtsvergleichenden Überblick sowie in einer rechtspolitischen Wertung einen weiten Raum in der Arbeit einnehmen. Die Ausführungen bleiben unabhängig vom Ergebnis der neuen gesetzlichen Regelung von dauerndem Wert. Ein Eingehen auf die einzelnen Ergebnisse der Forschung verbietet der Raum dieser Besprechung. Mit Recht stellt der Verf. bei aller Anerkennung des Wertes systematischer Klarheit und Folgerichtigkeit die praktischen Funktionen der verschiedenen Erbordnungen in den Vordergrund. „Es ist besser, gegen rechtslogische Folgerungen, die sich aus dem formalen Richtgedanken eines Rechtsinstituts ergeben, in Einzelheiten zu verstoßen, als um der logischen Konsequenz willen Folgen in Kauf zu nehmen, die für die Bedürfnisse des jeweiligen geschichtlichen Zeitabschnitts als unzweckmäßig oder schädlich empfunden werden“ (S. 48). Der Vorschlag geht dahin, das heutige Parentelensystem in seinen Grundzügen beizubehalten und nur in einer Reihe einzelner Fragen abzuändern. Die Gefahr der Parentelenordnung sieht der Verf. in ihrer „nach unten“ nicht begrenzten Erstreckung auf die entferntesten Grade der Abkömmlinge und der dadurch hervorgerufenen Nachlaßzersplitterung. Auch die Komplizierung der Erbteilberechnung durch die Teilung des Nachlasses nach Stämmen sei ein Mangel. Für die erste Erbordnung soll es jedoch bei der bisherigen, eingebürgerten Regelung verbleiben. Allerdings sollen nicht nur Kinder, sondern auch — wenn Kinder nicht vorhanden sind — die Enkel nach Köpfen erben. In der zweiten Erbordnung sollen die Eltern weiterhin die geborenen Alleinerben bleiben. Bei Wegfall eines Elternteiles soll Eintritt der Geschwister erfolgen, da vom volkswirtschaftlichen Standpunkte eine Zurücksetzung der jüngeren Generation durch ein Schoßfallrecht vermieden werden müsse. Das Gut rinne wie das Blut. Für die dritte Erbordnung sollen als Erben die Großeltern, die Elterngeschwister aus derselben oder einer anderen Ehe (Oheime und Tanten) und deren Kinder (Vettern und Basen) — abgesehen von dem überlebenden Ehegatten — in Frage kommen. In dieser Ordnung wächst die Gefahr der Nachlaßzersplitterung, kann die Schwierigkeit der Erbteilberechnung unerträglich werden. Hier hält der Verfasser eine Reform für erforderlich, die er durch Begrenzung des Eintrittsrechtes der Abkömmlinge nach unten schaffen will. Letzte Erben sollen die Vettern und Basen sein. Ob man wirklich heute „im Zeichen der Neubelebung der Sippenforschung und der Wiederanknüpfung gelockerter oder gelöster Verwandtschaftsbande“ die Beerbung der Vettern untereinander noch fordern muß, erscheint zweifelhaft. Vielleicht wäre die Grenze schon eine Generation vorher zu ziehen. Immerhin ist der Gedanke einer Begrenzung durchaus zu begrüßen, die Denkschrift des Erbrechtsausschusses lehnt jede Beschneidung des Eintrittsrechtes in der 3. Parentel ab. Für die

Teilung fordert der Verf., soweit Abkömmlinge derselben Schicht alleinige Erben sind, Kopfteilung. Er führt hierfür maßgebliche bevölkerungspolitische Gründe an. Mit den Vettern und Basen zieht der Verf. die Grenze für das Erbrecht der Familienangehörigen, danach tritt das Heimfallrecht des Staates ein. Für eine Beerbung auf der Grundlage der 4. und weiterer Parentelen ist somit kein Raum mehr. Eingehende Ausführungen sind dem Erbrecht der halbbürtigen Seitenverwandten gewidmet, worauf im einzelnen nicht eingegangen werden kann.

Die Eingliederung des Erbrechts des Ehegatten in den Rechtsbau der Verwandtenerbfolge bezeichnet der Verf. mit Recht rechtspolitisch wie rechtstechnisch als die wohl schwierigste Frage. Die scharfe äußere Trennung von Erb- und Familienrecht im BGB. hat bereits Widerspruch gefunden (vgl. Isele, „Familie und Familienerbe", 1938). Eine brauchbare Lösung des Problems fordert daher ein Eingehen auf familienrechtliche Fragen. Die Lösung des BGB. ist sicher reformbedürftig. Im Wege des Testaments werden vielfach die Rechte des überlebenden Ehegatten erweitert. Dennoch meint der Verf., daß der Versuch, das Ehegattenerbrecht auf Kosten der Blutsverwandten noch über den heutigen Stand zu erweitern, unbedingt abgelehnt werden müsse, der familiensozialistische Anspruch der Sippe des Verstorbenen auf Erhaltung der Substanz des Erbgutes müsse gewahrt bleiben. Der Änderungsvorschlag geht dahin, dem überlebenden Ehegatten neben den Erben 1. Ordnung den Voraus und eine Hälfte der Erbschaft als Vorerbe zuzuerkennen. Neben den Erben 2. Ordnung soll er den Voraus als Vollerbe und den übrigen Nachlaß als Vorerbe erhalten. Erben 3. Ordnung schließt der Ehegatte aus. Verf. verkennt die aus dieser Regelung sich ergebenden Schwierigkeiten nicht und befaßt sich insbes. eingehend mit den aus der Vorerbenstellung entstehenden Fragen.

Der der Arbeit angeschlossene Gesetzentwurf faßt die Ergebnisse zusammen. Die gegenüber den Bestimmungen des BGB. gewonnene größere Einfachheit und Klarheit scheint mir gering. Die Regelung des Erbrechts ist jedoch eine so diffizile Materie, daß eine jedermann verständliche Herausstellung der maßgeblichen Gesichtspunkte und dennoch eingehende Regelung der Einzelfragen im Gesetz kaum jemals möglich sein wird.

Alles in allem: ein maßgebliches Werk auf dem Gebiete der Neugestaltung des Erbrechts.

StA. Dr. H. Mittelbach, Berlin.

Dr. Friedrich Rostosky, LGR.: Das Anerbengericht und seine Abteilung. (Deutsches Gerichtswesen: Das Amtsgericht.) Berlin 1938. Deutscher Rechtsverlag. 219 S. Preis kart. 4,20 *RM.*

Der Deutsche Rechtsverlag hat eine Folge von Handbüchern herausgegeben, welche die einzelnen Gebiete der amtsrichterlichen Tätigkeit zusammenfassend behandeln. Der Zweck dieser Bücher ist eine eingehende Darstellung des Geschäftsganges. Die Darstellung umfaßt die Tätigkeit des Richters und der Geschäftsstelle, des Urkundsbeamten und des Rechtspflegers. Sie wird durch Beispiele auch im einzelnen erläutert. Man denkt an das Werk Ebert, das amtsgerichtliche Dezernat. Der Unterschied besteht aber darin, daß Ebert in der Hauptsache mehr eine Formularsammlung ist, während die Folge „Deutsches Gerichtswesen" daneben auch eine organische Darstellung und Erläuterung des Rechtsganges bringt.

Der vorliegende Band hat zum Gegenstand das AEG und seine Abteilung. Der Verf. bezeichnet sein Werk allzu bescheiden als kurzes Nachschlagebuch. Damit hat der Verf. nur einen, wenn auch den Hauptvorzug, hervorgehoben.

Das Buch ist in 15 Abschnitte eingeteilt. Im ersten Abschnitt wird die Einrichtung des AEG behandelt, insbes. seine Zuständigkeit, seine Besetzung, wobei auf die Rechtsstellung der Anerbenrichter eingegangen und die auf sie bezüglichen Vorschriften abgedruckt sind. Die gute Zusammenstellung der Vorschriften über die Aktenbehandlung und Registerführung, die durch Beispiele belegt sind, verdient hervorgehoben zu werden. In den folgenden sieben Abschnitten ist in teilweiser Anlehnung an die Einteilung der EHVfO das Verfahren im allgemeinen, die Einrichtung und Führung der Erbhöferolle, das Anlegungs- und Ergänzungsverfahren, das Erbhofbuch und die Beziehungen zwischen Erbhöferolle und Grundbuch behandelt. Wer mit der Erbhöferolle zu tun hat, wird die in diesem Abschnitt gebrauchten Beispiele, da amtliche Beispiele nicht ausreichend vorhanden sind, sehr begrüßen. Für eine weitere Zweifelsfrage, wie nämlich im Ergänzungsverfahren die überschuldeten Erbhöfe zur Kontrolle der Fristverfügungen registermäßig zu behandeln sind, macht der Verf. ebenfalls einen brauchbaren Vorschlag (S. 56). Beim Unterabschnitt Zulassungsverfahren bei Erbhöfen über 125 ha sind die wichtigen Richtlinien des REM v. 1. Mai 1934 abgedruckt. Im achten Abschnitt sind die Beziehungen zwischen Erbhöferollen und Grundbuch erschöpfend dargestellt. Die darauf bezüglichen Vorschriften sind im Anhang I abgedruckt.

In den folgenden vier Abschnitten werden die verschiedenen Verfahrensarten, nämlich das Feststellungs-, Genehmigungs-, das Streitverfahren nach § 36 EHVfO und das Auseinandersetzungsverfahren behandelt. Wie auch in den übrigen Abschnitten fallen hier insbes. gutgewählte und ausführliche Beispiele auf. Der Verf. begnügt sich nicht mit Andeutungen, sondern führt einen Fall mit allen zu treffenden Verfügungen durch. Die als Beispiele angeführten Begründungen der Beschlüsse sind eingehend; in den Eingaben und Anträgen ist sogar der Ton des jeweiligen Gesuchstellers gut getroffen. Aus all dem merkt man ganz besonders, daß der Verf. früher Vorsitzer eines AEG war, was ja seinem Buche überall zugute kommt. Das gleiche verraten seine Ausführungen S. 91, worin überzeugend die Notwendigkeit der persönlichen Fühlungnahme zwischen Bauern und Bauernrichter betont wird. Jeder Vorsitzer eines AEG sollte dies beherzigen.

Die drei letzten Abschnitte des Buches betreffen die Tätigkeiten des AEG im Anschluß an einen Erbfall, ferner die im achten Abschnitt der EHVfO behandelten Zwangsmaßnahmen gegen die Bauern, wobei auch die AV. des RJM. v. 23. März 1937 für die Gerichtsvollzieher abgedruckt ist, schließlich die Auslagen und Gebühren. Sehr willkommen sind auch die in einem Anhang gebrachten Vorschriften über die Erbhofstatistik.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß das Buch für jeden Vorsitzer eines AEG und insbes. für die Geschäftsstelle ein allzeit bereiter und schneller Ratgeber ist. Für die Geschäftsstelle des AEG erscheint mir das Buch geradezu unentbehrlich; es klärt manche Frage des Geschäftsganges und der Aktenführung. Insbes. müßte das Buch in die Hand eines jeden mit dem Erbhofrecht befaßten Rechtspflegers in der Ostmark kommen, da das Werk ihm eine schnelle Orientierung und sichere Beherrschung des Rechts- und Geschäftsganges bietet. Sämtliche zur Einführung des Erbhofrechts im Lande Österreich erlassenen Verordnungen und AV. des RJM. sind in fünf Anhängen abgedruckt.

AGR. Hans Fraas, Sulzbach-Rosenberg.

Dr. Rudolf Schmidt, ordentl. Prof. in Halle: Die Verschollenheit nach geltendem und künftigem Recht. (Schriften der Akademie für Deutsches Recht. Gruppe Personen-, Familien- und Erbrecht Nr. 4.) Stuttgart und Berlin 1938. W. Kohlhammer Verlag. 51 S. Preis brosch. 3,40 *RM.*

Die im Auftrage des Reichsministers Dr. Frank als Präsidenten der Akademie für Deutsches Recht verfaßte Schrift dient der Vorbereitung der Rechtserneuerung auf einem scheinbar abseits liegenden Gebiete. Allerdings: wirklich abseits des großen Ziels der Rechtserneuerung liegt kein Gebiet des deutschen Rechtslebens, sie verlangt die Auseinandersetzung mit der Brauchbarkeit auch von Rechtsvorschriften, deren Erneuerung nicht besonders vordringlich erscheinen könnte. Die zur Zeit der Abfassung der Schrift vom Verf. wohl noch nicht vorausgesehene außenpolitische Spannung, welche mit dem Worte „München" schlagwortartig bezeichnet ist, hätte die Gesetzesänderungsvorschläge des Verf. zu einer ganz besonders vordringlichen Aufgabe der Rechtserneuerung machen können.

Es wird nur wenige Rechtswahrer geben, denen die tiefschürfende Schrift nicht überraschende Ein- und Ausblicke auf einem Rechtsgebiet eröffnen könnte, das der tagtäglichen Praxis etwas ferner liegt, als so manches andere. Jeder wird aber aus der Schrift eine doppelte Erkenntnis schöpfen: mit welcher Gründlichkeit unter der Führung des Reichsministers Frank die deutsche Rechtserneuerung am Werk ist, und, wie reformbedürftig das Verschollenheitsrecht ist. Die in die Form eines Gesetzentwurfs gekleideten Vorschläge zur Erneuerung dieses Rechtsgebiets scheinen mir bei jedem, der die Schrift mit Aufmerksamkeit liest, Zustimmung finden zu müssen. Über das der Schrift gesteckte Ziel der Rechtserneuerung enthält die Schrift eine so eingehende in alle Auswirkungen der Verschollenheit eingreifende Darstellung des geltenden Rechts, daß sich die Schrift kennenzulernen auch darum empfiehlt. Eines der in der Schrift (S. 11—14) aufgeworfenen Probleme, das der Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung, hat durch das EheG. v. 6. Juli 1938 (§§ 43—45) eine die Vorschläge des Verf. teilweise aufnehmende Lösung gefunden.

RA. Dr. Alfons Roth, Berlin.

Dr. Hermann Roquette, Rechtsanwalt und Notar in Königsberg i. Pr.: Eheaufhebung und Ehescheidung nach dem neuen EheG. v. 6. Juli 1938. (Sammlung Sack, „Rechtsfragen der Praxis“, Neue Folge, Gruppe A, Dreifachband A 14/16.) Berlin 1938. Verlag Hermann Sack. 175 S. Preis brosch. 4,50 *RM*.

Das neue EheG. v. 8. Juli 1938 steht in der Praxis des deutschen Rechtswahrers, des Richters und des Anwalts im Vordergrund. Die Schaffung neuer Eheauflösungstatbestände gegenüber der bisherigen Regelung des BGB. hat dazu geführt, daß die Zahl der Eheprozesse erheblich gewachsen ist, insbes. werden Ehescheidungsklagen, die bereits rechtskräftig abgewiesen sind, auf Grund der Neuregelung erneut erhoben.

Die Praxis des Rechtswahrers benötigt dringend die wissenschaftliche Darstellung und Erörterung des neuen Gesetzesstoffes. Trotz der inzwischen seit Inkrafttreten verflossenen Zeit sind nur wenige Darstellungen des gesamten neuen Eherechts erschienen. Es ist daher zu begrüßen, daß der Verf. des vorliegenden Büchleins die für die Praxis wichtigste Materie des neuen EheG., die Aufhebung und Scheidung der Ehe, eingehend untersucht. Der Verf. beschränkt sich dabei nicht auf eine grundrißartige Darstellung des Gesetzesinhalts und eine mehr oder minder willkürliche Verwertung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu dem Eherecht des BGB., er leistet vielmehr in großem Umfange eigene, kritische Arbeit. Seinen kritischen Untersuchungen sowohl zur Rechtsprechung, z. B. S. 70—71 über den Begriff der Ursächlichkeit der Eheverfehlung zur Ehezerrüttung, als auch zum Gesetzesinhalt, z. B. S. 133 bezüglich der Frage der Revision in Ehesachen, kann man zumeist in vollem Umfange beipflichten. Gerade hinsichtlich des letzten Punktes dürfte der Hinweis des Verf., daß die OLG. mit der Zulassung der Revision möglichst weitherzig sein sollten, Beachtung verdienen. Schon in der kurzen Zeit der Herrschaft des neuen Eherechts weist die Rechtsprechung der LG. Verschiedenheiten auf. Nach meiner Erfahrung weist das LG. Berlin die auf § 55 EheG. gestützten Klagen grundsätzlich ab, wenn der Kl. die Ehe zerrüttet hat, weil er mit einer anderen Frau die Ehe gebrochen hat und mit dieser Frau jetzt noch zusammenlebt. Demgegenüber sind mir vom LG. Potsdam andere Entsch. bekannt. Die Forderung des Verf. nach einer einheitlichen Rechtsprechung ist daher dringendes Erfordernis der Rechtssicherheit.

Die Darstellung in dem vorliegenden Buch ist knapp, klar und übersichtlich. Ein eingehendes Inhalts- und Stichwortverzeichnis erleichtern die Lektüre. Es liegt damit für die Praxis eine wichtige Ergänzung der Gesamtdarstellungen des neuen Eherechts für ein bedeutsames Teilgebiet vor.

RA. u. Notar Dr. jur. Otto Rilk, Berlin.

In einem Nachtrag sind die kostenrechtlichen Bestimmungen behandelt. D. S.

Mietrecht (Mietzinsbildung, Preisstopprecht, Wohnungsrecht und Mieterschutz) im Reiche, in Preußen und in Berlin einschließlich Kostenwesen und Rechtsentscheiden des KG. und des BayObLG. 5. Aufl. Mit Erläuterungen und ausführlichem Gesetzes- und Schlagwortregister versehen von O. Krieg, SenPräs. beim KG., und Dr. G. Bandmann, LGDir. beim LG. Berlin. Berlin 1938. Verlag Walter de Gruyter & Co. XV, 432 S. Preis geb. 12 *RM*.

Unter den Kommentaren des Mietnotrechts der Nachkriegszeit nahm „Krieg, Mietrecht“ schon immer einen besonderen Platz ein. Infolge des notwendig gewordenen Wiederausbaues des Zwangsmietrechts ist der zuletzt i. J. 1933 erschienene Kommentar von Krieg und auch ein Nachtrag zur 4. Auflage dieses Werkes, das den Rechtszustand bis zum Frühjahr 1936 berücksichtigte, veraltet. Die Neuherausgabe des in der Praxis bewährten Kommentars entspricht insbes. angesichts der Einschaltung des Reichskommissars für die Preisbildung in das Mietrecht, wodurch eine Fülle neuer Rechtsnormen entstanden ist, einem starken Bedürfnis. Die nunmehr vorliegende 5. Auflage des Werkes, für die neben dem bisherigen Herausgeber Krieg der durch zahlreiche Veröffentlichungen und als Vorsitzender einer Mietspezialkammer beim LG. Berlin bekannte LGDir. Dr. Bandmann zeichnet, ist in fast allen Teilen ein völlig neues Buch geworden. Es enthält eine so sorgfältige und lückenlose Zusammentragung all der zahlreichen neuen Rechtsnormen auf dem Gebiete des Mietrechts, daß der neue „Krieg, Mietrecht“ dem Praktiker kaum entbehrlich sein dürfte.

Das Werk bringt zunächst all die die Mietzinsbildung betreffenden Normen, wobei das Gesetz zur Änderung des RMietG. und des MietSchG. v. 18. April 1936, das RMietG. in der neuen Fassung v. 20. April 1936, die preußische AusfVO. z. RMietG. in der Fassung v. 30. März 1938 insbes. eine sehr eingehende Kommentierung erfahren haben. Die Verf. beschränken sich dabei im wesentlichen darauf, die neuesten Entsch. der Praxis ihrer Kommentierung zugrunde zu legen und zu zitieren, ohne eine eigene Meinung erkennen zu lassen.

In einem zweiten Abschnitt, betitelt Preisstopprecht, sind die zahlreichen Erlasse des Reichskommissars für die Preisbildung insbes. und alle in Frage kommenden Preisstoppvorschriften, die auf das Mietrecht Bezug haben, wiedergegeben. Auch hier hat das Gesetz betreffend die Bestellung eines Reichskommissars für die Preisbildung v. 29. Okt. 1936 und der bekannte Runderlaß Nr. 184/37 = JW. 1938, 1087 betreffend Preisüberwachung und Preisbildung bei Mieten, dem Bedürfnis der Praxis entsprechend, eine eingehende Erläuterung gefunden.

Ein weiterer Abschnitt, betitelt Wohnungsmangel und Wohnungsrecht, enthält alle darauf sich beziehenden Gesetze, Verordnungen und Erlasse, insbes. das noch heute geltende WohnG. v. 28. März 1918.

In einem vierten Abschnitt, „Mieterschutz“, findet sich insbes. das MietSchG. in seiner neuesten Fassung mit einer zwar kurzen, aber immer prägnanten, den Bedürfnissen der Praxis gerecht werdenden Kommentierung. Angemerkt mag werden, daß der Kommentar bei § 4 MietSchG. erwähnt, daß eine gemeinnützige Wohnungsbaugesellschaft ihrer Zweckbestimmung zuwiderhandelt, wenn sie in Zeiten der Wohnungsknappheit ihre Wohnungen an Personen überläßt, die außerhalb der deutschen Volksgemeinschaft stehen, z. B. an Juden, und daß deshalb eine solche Gesellschaft gemäß § 4 MietSchG. Mietaufhebung verlangen kann. Die diesbezügliche Rspr. zu § 2 MietSchG. ist nicht zitiert (vgl. JW. 1938, 2975 [34]), wonach mit Recht die Mietaufhebung wegen der aus § 4 sich ergebenden Folgen auch gemäß § 2 MietSchG. jedem deutschen Vermieter gestattet wird, eine Auffassung, die sich auch bei den Berliner Gerichten durchgesetzt hat.

Besonders erfreulich ist, daß in diesem Abschnitt mit einer eingehenden Kommentierung auch die Verfahrensanordnung für MEA. und Beschwerdestellen wiedergegeben ist. Auch in diesem Abschnitt haben alle wichtigeren Rechtsnormen aus neuerer Zeit eine Erläuterung erfahren, so die 1. und 2. VO. zur Ausführung der VO. über Kündigungsschutz für Miet- und Pachträume v. 4. Dez. 1937 bzw. 31. Aug. 1938, das Gesetz über Auflockerung der Kündigungstermine v. 24. März 1938 und die PrAusfVO. z. MietSchG.

Ein fünfter Abschnitt (Kostenwesen) enthält das GKG., die RAGebO. und die Gebührensätze für Entscheidungen der Preisstellen für Mieten nach der Bekanntmachung des Oberbürgermeisters in Berlin v. 25. Jan. 1938. Vielleicht hätte sich der Abdruck des GKG. und der RAGebO. erübrigt, da die Beherrschung dieses Gebietes doch eine genauere Kenntnis voraussetzt. Es würde genügen, in einem kurzen Abschnitt auf die entstehenden Gebühren hinzuweisen.

Wie in den früheren Auflagen des Werkes sind schließlich die Rechtsentscheidungen des KG. und des BayObLG. angeführt. Die 4. Auflage enthielt die Rechtsgrundsätze nebst Fundstellen bis zum 31. Juli 1938. In der jetzigen 5. Auflage sind nur diejenigen Rechtsentscheide bis zur Gegenwart noch aufgenommen, die unmittelbar oder mittelbar für die Rechtsauslegung von Bedeutung sein können.

In einem Nachtrag ist noch die bekannte Anordnung des Oberbürgermeisters der Reichshauptstadt Berlin über Abgeltung der Kosten für Sammelheizung und Warmwasser durch eine Pauschale enthalten.

So ist das Werk in fast allen Teilen ein völlig neues geworden. Es ist ein zuverlässiger Ratgeber in dem Labyrinth der mietrechtlichen Normen, mit denen der Praktiker heute umzugehen hat. Im ganzen sind nicht weniger als 109 Gesetze, Verordnungen und Erlasse abgedruckt und zum Teil kommentiert, davon allein 86, die seit 1936 ergangen sind!

Besondere Erwähnung verdient noch ein besonders sorgfältiges und ausführliches Schlagwortregister, das die schnelle Benutzbarkeit dieses ausgezeichneten Kommentars erhöht. Alle, die mit den zahlreichen Fragen des Mietrechts in heutiger Zeit zu tun haben, müssen den Herausgebern für das vortreffliche Werk dankbar sein. RA. Dr. von Bohlen, Berlin.

Dr. Johann Heinrich von Brunn: Grundzüge des Kartellrechts, Berlin 1938. Junker und Dünnhaupt Verlag. 218 S. Preis geb. 8,50 *RM*, brosch. 6,50 *RM*.

Es ist außerordentlich erfreulich, daß nach dem vorzüglich und großangelegten Kommentar von Müllensiefen-Dörinkel, den ich: JW. 1938, 2389 besprach, nunmehr auch eine systematische Darstellung des Kartellrechts erschienen ist.

Die letzte war die Darstellung Egers aus dem Jahre 1932. Sie wurde den heutigen Erfordernissen nicht mehr gerecht; denn ebenso wie auf dem Gebiete des Arbeitsrechts, des Steuerrechts haben sich auch auf dem Gebiete des Kartellrechts Auffassungen und Probleme grundlegend geändert. Im Vordergrund steht heute auch hier das Gemeinschaftsdenken; es gilt die vielfachen Beziehungen der Kartelle zur staatlichen Wirtschaftslenkung, zur Marktregelung usw. herauszustellen und aus diesem neuen Geist entsprechende Folgerungen zu ziehen. Auf anderen Gebieten ist dies leichter, da neue Gesetze an die Stelle der alten getreten sind. Für das Kartellrecht besteht aber unverändert die KartellVO. aus dem Inflationsjahr 1923. Es kam also darauf an, „den Wortlaut der KartellVO. mit neuem Geist zu erfüllen" (S. 170). Dies ist dem Verf. — ohne jeden Vorbehalt — hervorragend gelungen. So ist die Arbeit ein Beispiel dafür, daß es nicht auf die toten Paragraphen ankommt, sondern auf die Menschen, die sie anzuwenden und auszulegen haben. Viele dem Verf. besonders gelungene Formulierungen zeigen, daß der Verf. mitten im praktischen Kartellleben steht. So ergibt sich eine glückliche Verbindung von theoretischen und praktischen Ausführungen, so z. B. bei der Behandlung der Mitglieder durch die Geschäftsführung des Kartells, bei der Durchführung von Kündigungen aus wichtigem Grunde. Damit ist die Arbeit von Brunns nicht nur für die geschrieben, die sich zum erstenmal mit der Materie des Kartellrechts befassen; auch jeder Kartellpraktiker wird das Buch gern zur Hand nehmen, wenn er sich rasch über den derzeitigen Stand einer kartellrechtlichen Frage zusammenhängend unterrichten will.

Zwei kurze Hinweise seien gestattet: Etwas kurz weggekommen, wenn der Verf. es im Rahmen einer Darstellung des deutschen Kartellrechts überhaupt behandeln will, ist die Darstellung des Internationalen Kartellrechts. Ähnlich wie für das deutsche Kartellrecht wären hier Ausführungen über die politische Bedeutung der internationalen Kartelle erwünscht und von Bedeutung. Zum anderen sei angeregt, daß der Verf. bei einer neuen Auflage, die das Buch in jeder Weise verdient, in einzelnen längeren Abschnitten (z. B. bei der Kündigung aus wichtigem Grunde S. 107—113) vielleicht durch Sperrdruck die Fragen hervorheben möchte, die er nacheinander behandelt. Das würde die praktische Verwendung im Kartelleben des Alltags noch erhöhen.

RA. u. Notar Dr. Conrad Böttcher, Berlin.

Dr. Otto Lenz, LGDir. im RJM.: Handelsgesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Textausgabe mit Verweisungen auf abändernde und ergänzende Gesetze, mit Sachregister sowie einer Einleitung. 10. Aufl. 33.—34. Tausend. (Vahlens Textausgaben.) Berlin 1938. Verlag Franz Vahlen. 250 S. Preis geb. 2 RM.

Dr. jur. h. c. Heinrich Dietz, MinR. im Oberkommando der Wehrmacht: Beschwerdeordnung für die Angehörigen der Wehrmacht v. 8. April 1936. Leipzig 1938. Friedrich A. Wordel Verlag. 260 S. Preis geb. 5,50 RM.

Das Buch ist das bisher schmerzlich vermißte Gegenstück zu dem Erläuterungswerk des Verf. zur Disziplinarstrafordnung für das Heer. Greifen doch in unserem Wehrtum Dienststrafbestimmungen und Beschwerdevorschriften zahnradartig ineinander. Beide Rechtsgebiete liegen vorwiegend in der Hand militärischer Vorgesetzter. Da die einschlägigen Vorschriften aber durchaus nicht einfach gestaltet sind, bedarf jeder Offizier, aber auch jeder sonstige Heeresangehörige, insbes. auch der Unteroffizier wie der Angehörige des Mannschaftsstandes, der eine als Träger der Befehlsgewalt und Disziplinarvorgesetzter, der andere als Betroffener eines rechtskundigen Leitfadens, um den verwickelten Rechtsstoff zu erfassen. Bei der Beschwerdeordnung war das Bedürfnis nach einer solchen Anleitung aus der Feder eines altbewährten militärrechtlichen Praktikers besonders stark hervorgetreten, nachdem die Beschwerdeordnungen von 1894 bis 1896, die Dietz im Jahre 1911 erläutert hatte, durch die für die Reichswehr eingeführte Beschwerdeordnung von 1921 ersetzt waren, und nachdem nunmehr im Dritten Reich die Beschwerdeordnung v. 8. April 1936 eingeführt worden ist. Dietz kann an sich mit Recht sein neues Buch „2. Aufl. der Erläuterungen des Beschwerderechts" nennen. Indes ist es in Wirklichkeit ein neues Werk. Dankenswerterweise gibt der Verf. (S. 25 bis 35) vorweg einen außerordentlich gründlichen und anschaulichen Überblick über die Geschichte des militärischen Beschwerderechts. Man ersieht daraus, daß aus den Beschwerdeordnungen der Kaiserzeit nunmehr ein völlig neues Recht erwachsen ist, bei dem allerdings gewisse Grundzüge, die sich als militärische Notwendigkeiten darstellen, unverändert geblieben sind. Im ganzen besteht aber doch eine wesentlich umgestaltete Rechtslage, die es verbietet, ohne genaue Prüfung etwa die Erläuterungen zu den Kaiserlichen Beschwerdeordnungen auch für heute als noch unbedingt brauchbar anzusehen. Dietz hat sich denn auch in dem neuen Buch mit Erfolg bemüht, die Beschwerdeordnung des Dritten Reiches in dessen Geiste auszulegen. Mustergültig ist seine systematische „Einführung in das Beschwerderecht" (S. 51 bis 92). Die angeschlossenen „Erläuterungen der Beschwerdeordnung" (S. 95 bis 220) zeichnen sich durch Gemeinverständlichkeit und Gründlichkeit aus. Der Praktiker, insbes. der zur Entsch. über eine Beschwerde berufene Vorgesetzte, namentlich auch derjenige Vorgesetzte, der über eine weitere Beschwerde zu befinden hat, wird kaum in die Lage kommen, in irgendeiner Frage des militärischen Beschwerdewesens bei Dietz eine klare Auskunft zu vermissen. Ebenso berät der Kommentar auch jeden Untergebenen, der vor der Frage steht, ob er den Beschwerdeweg beschreiten soll, und vor allem, wie er es zu tun hat. Nicht zuletzt wird das Buch den mit der dienstlichen „Vermittlung" betrauten Personen belehrend zur Seite stehen. Noch wichtiger ist seine Geeignetheit, im militärischen Unterricht Lehrern wie Lernenden mit bestem Erfolge zu dienen. Mit Fug hat Dietz daher sein Werk „Lehr- und Erläuterungsbuch" auf dem Titelblatt genannt. Für das praktische Militärleben, nicht minder für Studium und Unterricht, hat der „Anhang: Muster von Beschwerden und durchgeführte praktische Fälle von Beschwerdeentscheidungen" (S. 222 bis 241) als besonders dankenswerte Hilfsquelle zu gelten. Gerade um seines hohen Wertes willen müssen zu diesem „Anhang" einige Bemerkungen gemacht werden:

1. Soweit die Beispiele „des Lehrzwecks wegen" absichtlich breiter gestaltet sind, als in der Praxis üblich und notwendig ist, wird es sich empfehlen, in der Neuauflage die Beispiele von Niederschriften und Entsch. so kurz und bündig zu gestalten, wie es die Praxis gebietet. Den Anforderungen des Unterrichts oder des Studiums wird man besser durch Anmerkungen oder solche Zusätze dienen, bei denen unmißverständlich ersichtlich ist, daß sie nicht etwa Bestandteile der amtlichen Schriftstücke, sondern erläuternde Bemerkungen des Verf. sind.

2. Künftig dürften aus den Beispielen der dienstlichen Schriftstücke die jetzt in den Text eingewobenen Hinweise auf die einschlägigen Seiten des Dietzschen Buchs zu entfernen und ausschließlich in Anmerkungen zu bringen sein. Es kann auch nicht empfohlen werden, daß ein Kommandeur in seiner Entsch. auf eine Beschwerde ausdrücklich „Dietz, HDStO. Bd. 1 § 4 II, D 3, § 7 II 3, § 17 Anm. 6" und weiterhin nochmals „Dietz, HDSt. Bd. 1 unter §§ 38—41 I, § 46 I" anzieht, wie dies S. 241 im Muster der Beschwerdeentscheidung des Bataillonskommandeurs vorgeschlagen wird.

Dieser Hinweis beeinträchtigt die auch für heute schon durchaus anzuerkennende Trefflichkeit des Buchs nicht. Auch in seiner gegenwärtigen Gestalt kann ihm nur weiteste Verbreitung gewünscht werden.

Geh. Kriegsrat Dr. M. Wagner,
MinR. z. V. im Oberkommando der Wehrmacht, Berlin.

Dr. K. Schäfer, OLGR. i. RJM.: Das Polizeiverwaltungsgesetz v. 1. Juni 1931 mit einer Übersicht über die Neuordnung des Polizeiwesens und das Gesetz über die Geheime Staatspolizei v. 10. Febr. 1936 mit Ausführungsbestimmungen und ergänzenden Gesetzes- und Verwaltungsvorschriften nach dem Stand vom 1. Sept. 1938. 6., vermehrte Aufl. Berlin 1938. Kameradschaft Verlagsges. Gersbach & Co. 189 S. Preis brosch. 1,70 RM.

Die Neuauflage ist in allen Teilen auf den neuesten Stand der Gesetzgebung, Verwaltungspraxis und Rechtsprechung gebracht, insbesondere sind die Anmerkungen und die ergänzenden Bestimmungen wesentlich vermehrt und die wichtigen Bestimmungen über die Vereinheitlichung der Polizei erschöpfend eingearbeitet worden. Der bisherige Verlauf und der derzeitige Stand der Vereinheitlichungs- und Verreichlichungsmaßnahmen, auch soweit sie sich auf das Land Österreich beziehen, sind in der Einführung dargestellt. D. S.

Die Vollstreckung deutscher Urteile, Kostenentscheidungen und Schiedssprüche im Ausland. Zusammengestellt, bearbeitet und herausgegeben von der Außenhandelsstelle für das Rheinland. 3. erweiterte und wesentlich veränderte Auflage nach dem Stand vom 15. April 1938. 75 S. Köln. Außenhandelsstelle für das Rheinland, Unter-Sachsenhausen 4.

Rechtsprechung

Nachdruck der Entscheidungen nur auszugsweise und mit genauer Quellenangabe gestattet

[** Abdruck in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts. — † Anmerkung]

Strafrecht

Strafgesetzbuch

1. RG. — § 174 StGB. Die Pflegekindschaft i. S. des § 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB. ist ein Verhältnis wesentlich tatsächlicher Natur, das dem zwischen leiblichen Eltern und Kindern ähnlich so gestaltet ist, daß es wie dieses ein dauerndes, sittlich gleichartiges Band zwischen den Verbundenen schafft und damit ein der natürlichen Elternschaft entsprechendes Abhängigkeits- und Schutzverhältnis herstellt (vgl. RGSt. 58, 61 und 70, 324 = JW. 1937, 165 [17] m. Anm. 469 [18]). Die vorwiegend tatsächliche Gestaltung der Pflegekindschaft kann es mit sich bringen, daß dieses Verhältnis aufhört, wenn das Pflegekind den elterlichen Haushalt verläßt.

(RG., 1. StrSen. v. 25. Okt. 1938, 1 D 813/38.)

*

**** 2. RG. — §§ 211, 212, 217, 47 ff. StGB. Die Mutter einer Minderjährigen hat kraft ihres Erziehungsrechtes die Pflicht, dem ihr bekannten Vorhaben ihrer Tochter, eine Entbindung ohne jeden Beistand stattfinden und das Kind gleich nach der Entbindung sterben zu lassen, nachdrücklich entgegenzutreten. Als Haushaltungsvorstand hat sie unter diesen Verhältnissen die Rechtspflicht, sich um das Wohl des neugeborenen Kindes zu kümmern.**

Ist die Kindesmutter auch nur nach § 217 StGB. strafbar, so kann gleichwohl ein anderer als Mittäter oder Gehilfe aus § 211 oder 212 StGB. bestraft werden.

Das SchwG. hat die minderjährige Tochter der BeschwF. aus dem § 217 StGB. und diese selbst aus den §§ 212, 49 StGB. verurteilt. Die Tochter der BeschwF., die in der Wohnung ihrer Mutter ein uneheliches Kind geboren hat, hat es mit Tötungsvorsatz unterlassen, für Beistand bei der Geburt zu sorgen. Das Kind, das lebend zur Welt gekommen ist, hat gleich nach der Geburt den Tod gefunden. Die Tochter der BeschwF. hatte ihr Kind nach der Geburt „zwischen ihren Beinen liegen lassen und das Oberbett übergezogen, wodurch das Neugeborene zwangsläufig in kurzer Zeit sterben mußte“. Ersichtlich hat das SchwG. angenommen, daß auch das Überziehen des Oberbettes mit Tötungsvorsatz erfolgt ist. Das Angebot der Universitätsklinik, ihre bereits im Gange befindliche Entbindung im Krankenhaus stattfinden zu lassen, hatte die Tochter der BeschwF. abgelehnt, um sich zu ihrer Mutter zu begeben, wo die Entbindung im Einverständnis der beiden Angekl. ohne fremde Hilfe in aller Stille vor sich gehen sollte und auch gegangen ist. Bei der Geburt ist weder die BeschwF. noch sonst jemand zugegen gewesen. Die Verurteilung der Tochter aus dem § 217 StGB. läßt keinen durchgreifenden Rechtsirrtum erkennen (vgl. dazu noch RGSt. 62, 199 [201]). Dagegen kann die Verurteilung der BeschwF. wegen Beihilfe zum Totschlag von Rechtsirrtum beeinflußt sein. Das Urteil läßt nicht eindeutig ersehen, ob das Kind am Leben geblieben wäre, wenn von der BeschwF. eine Hebamme oder sonstige sachkundige Frau zu der Geburt zugezogen wäre, oder ob es seinen Tod durch das Überziehen des Oberbettes auch in diesem Falle gefunden hätte, weil die zur Tötung des Kindes entschlossene Tochter der BeschwF. ihre Tat ausgeführt hätte, sobald sich die Hebamme etwa entfernt hätte. Letzterenfalls bleibt zweifelhaft, worin die Beihilfe der BeschwF. zu dieser Handlung ihrer Tochter bestanden hat. Das Urteil sagt auch nicht, ob die Tochter mit oder ohne Überlegung gehandelt hat. Das ist für den Tatbestand des § 217 StGB. zwar rechtlich unerheblich, nicht aber für die Tatbestände der §§ 211, 212 StGB. Es bleibt daher ferner offen, ob die BeschwF. — eine Beihilfehandlung und namentlich auch einen ausreichenden Vorsatz (vgl. RG. 1 D 12/36 v. 11. Febr. 1936: JW. 1936, 1128 [5]; RG. 2 D 1166/33 v. 25. Jan. 1934: JW. 1934, 1051 = DJ. 1934, 711) vorausgesetzt — nicht wegen Beihilfe zum Morde hätte verurteilt werden müssen (§§ 211, 49, 50 StGB.). Schon aus diesen Gründen war das Urteil aufzuheben, soweit es die BeschwF. betrifft (vgl. auch § 358 Abs. 2 StPO.).

In der neuen Verhandlung wird namentlich noch folgendes zu beachten sein:

Anscheinend stand der verwitweten BeschwF. die elterliche Gewalt über ihre minderjährige unverheiratete Tochter im vollen Umfange zu (§§ 1684, 1668 BGB.). Dann hatte sie kraft ihres Erziehungsrechtes die Pflicht, dem ihr bekannten rechtswidrigen Vorhaben ihrer Tochter, die Entbindung ohne jeden Beistand stattfinden zu lassen, damit das Kind in oder gleich nach der Geburt seinen Tod finde, nachdrücklichst entgegenzutreten (§§ 1627, 1631 BGB.). Vermöge ihrer Fürsorgepflicht, die ihr gegenüber ihrer Tochter oblag, mußte sie sich mindestens selbst zur Leistung des erforderlichen Beistandes bereithalten. Unterließ sie dies wissentlich, weil sie den Tod des Kindes durch das Fehlen jeglichen Beistandes herbeiführen wollte, so konnte sie ihrer Tochter durch eine solche Unterlassung eine Beihilfe zu einem von letzterer durch das Fernhalten jeden Beistandes begangenen Tötungsverbrechen — vgl. RGSt. 69, 321 (323 oben) = JW. 1935, 3106 [16] (m. Anm. JW. 1935, 3468 [19]); RGSt. 69, 349 = JW. 1936, 388 [16]; RGSt. 71, 187 (189) = JW. 1937, 1785 [19] — leisten, und zwar durch die „Tat“ (§ 49 StGB.).

Als Haushaltungsvorstand hatte die BeschwF. unter den hier obwaltenden besonderen Verhältnissen auch eine Rechtspflicht gegenüber dem Kinde selbst. Sie hatte die Rechtspflicht, für das Wohl des Kindes zu sorgen, das von ihrer minderjährigen Tochter mit ihrem Einverständnis in ihrer Wohnung ohne fremde Hilfe geboren wurde (vgl. RGSt. 66, 71 [73/74]; 69, 321 [323] = JW. 1935, 3106 [16] [m. Anm. JW. 1935, 3468 [19]]). Auch insoweit konnte sie ihrer Tochter durch pflichtwidriges Unterlassen eine Beihilfe zum Tötungsverbrechen leisten (§§ 211, 212, 49 StGB.; vgl. auch RGSt. 26, 178).

Die BeschwF. hatte „schon immer einen sehr starken Einfluß und Druck auf ihre Tochter ausgeübt und ihr ihren Willen mit aller Energie aufgezwungen“. Wie das SchwG. ferner ausführt, hat die BeschwF. ihre Tochter in dem Entschluß zur Tat noch bestärkt. Wenn sie mit der festgestellten „Ermahnung“ jede Hilfeleistung vereiteln wollte, weil sie wußte und wollte oder mindestens bewußt in Kauf nahm, daß das Kind dann seinen Tod finden werde, so konnte auch in diesem „Rat“ eine Beihilfe zur Tötung des Kindes liegen. Es konnte insoweit auch Anstiftung zum Mord oder Anstiftung zum Totschlag, begangen durch Mißbrauch des Ansehens, in Betracht kommen (§§ 211, 212, 48, 50 StGB.; vgl. auch RGSt. 56, 25 [26]). Das Merkmal der Anstiftung scheidet allerdings aus, wenn die Tochter zu der Zeit, als die BeschwF. im Sinne einer Tötung des Kindes auf sie einwirkte, bereits „fest entschlossen war, ohne jede Hilfe zu gebären und das Kind sterben zu lassen“ (vgl. RGSt. 37, 171 [172: „für alle Fälle entschlossen“]).

Übrigens hat das SchwG. den Sachverhalt erneut unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Mittäterschaft — §§ 47, 50 StGB. — zu prüfen (vgl. RGSt. 2, 153 [155]; 63, 101 [102, 103, 105]; 66, 71 [74]; 71, 23 [24] = JW. 1937, 1785 [18]). Daß die BeschwF. gegebenenfalls aus dem § 211 bzw. aus dem § 212 StGB., ihre Tochter aber nur aus dem § 217 StGB. strafbar ist, schließt die Mittäterschaft noch nicht

aus. Das Merkmal der Überlegung — § 211 StGB. — scheint bei der BeschwF. gegeben zu sein (vgl. RGSt. 56, 25 [26]; 62, 196 [197]; 70, 257 [259] = JW. 1936, 2998[27]). Ob ihre Tochter, die das Tötungsverbrechen — § 217 StGB. — jedenfalls vorsätzlich begangen hat, dabei mit oder ohne Überlegung gehandelt hat, ist für die Frage der Mittäterschaft ohne Belang.

(RG., 5. StrSen. v. 27. Okt. 1938, 5 D 673/38.)

*

**** 3. RG. — § 267 StGB. Das amtliche Kennzeichen, das von der Verwaltungsbehörde einem zum Verkehr zugelassenen Kraftwagen zugeteilt ist, ist, wenn es mit dem Dienststempel der Zulassungsstelle oder einer von ihr beauftragten Behörde versehen und mit dem Kraftwagen, dem es zugeteilt ist, verbunden ist, eine öffentliche Urkunde.**

Der vorstehende Grundsatz ist in der Rspr. des RG. anerkannt (vgl. RGSt. 40, 169, Urt. v. 3. Juli 1914, 5 D 162/14: LZ. 1915, 61 Nr. 25; Urt. v. 3. Juli 1936, 1 D 197/36). Indem der BeschwF. durch Überkleben mit schwarzem Papier die Erkennungsnummer IX 81 118 herstellte, hat er nicht nur das äußere Aussehen der Urkunde, sondern vor allem auch ihren Inhalt geändert und damit verfälscht; denn es wurde der Anschein erweckt, als sei der Wagen unter der neuen Erkennungsnummer polizeilich zum Verkehr zugelassen.

Mit dem Wagen hat dann der BeschwF. Fahrten in den Straßen der Stadt Köln unternommen. Darin liegt ein Gebrauchmachen von dem verfälschten Kennzeichen.

Zum Gebrauchmachen gehört, daß die Urkunde in den Machtbereich des zu Täuschenden gebracht wird, dergestalt, daß für ihn die Möglichkeit gewährleistet ist, von dem Inhalt ohne weiteres Kenntnis zu nehmen; diesem Erfordernis kann auch genügt sein, wenn die Urkunde zur Kenntnisnahme des zu Täuschenden nur bereit gelegt wird; Voraussetzung ist aber dafür, daß dem zu Täuschenden auch wirklich ohne weiteres der Zugriff auf die Urkunde offensteht, daß sie seiner Verfügung unterliegt (RGSt. 66, 298 [313]).

Daraus, daß das Kennzeichen, die Urkunde, durch deren Inhalt die Täuschung bewirkt werden soll, und der Wagen, über dessen Identität getäuscht werden soll, zu einer Einheit verbunden sind, folgt, daß zum Gebrauch dieser Urkunde nicht gehört, daß derjenige, der getäuscht werden soll, über sie wie über ein Stück Papier verfügen kann; andernfalls würde er an Hand des Wagens und der Merkmale, die er aufweist, in der Lage sein, sich sofort Gewißheit zu verschaffen. Da das Kennzeichen den Wagen im Verkehr ausweisen soll, macht der Täter davon Gebrauch, wenn er den Wagen mit dem Kennzeichen im öffentlichen Verkehr benutzt. Dadurch ermöglicht er der Polizei oder anderen Verkehrsteilnehmern, von dem Nummernschild Kenntnis zu nehmen. Ein Mehr ist in diesem Falle für das Gebrauchmachen nicht nötig, weil das Kennzeichen nur den Zweck hat und haben kann, von der Polizei und den Verkehrsteilnehmern gelesen zu werden; denn auf Grund der Kenntnis des Kennzeichens können weitere Feststellungen über den Eigentümer des Wagens usw. bei der Zulassungsbehörde getroffen werden.

Der Angekl. hat auch mit der Absicht, im Rechtsleben zu täuschen, gehandelt; denn er wollte die Polizei und die Verkehrsteilnehmer, vor allem den Eigentümer, irreführen, um sich für die von ihm beabsichtigten Fahrten im ungestörten Gebrauch des Wagens zu erhalten.

Die Verurteilung des BeschwF. wegen schwerer Urkundenfälschung ist daher gerechtfertigt.

(RG., 3. StrSen. v. 27. Okt. 1938, 3 D 698/38.)

Strafrechtliche Nebengesetze

**** 4. RG. — Zum Begriff des „Angestellten" und der „Geschäftsmäßigkeit" in Art. 1 §§ 1, 68 RBerMißbrG. v. 13. Dez. 1935. Das Vergehen nach dem Art. 1 § 8 RBerMißbrG. ist nicht eine Sammelstraftat.**

a) Nach dem Art. 1 § 6 fällt unter das Gesetz über Rechtsberatung nicht die Tätigkeit dessen, der als Angestellter, also in abhängiger Stellung als Arbeitnehmer, Rechtsangelegenheiten seines Dienstherrn zu erledigen hat. Die Rev. behauptet ohne Grund, daß das LG. dies verkannt hätte. In den Fällen der Frau Sch. und des Ingenieurs H. ist nichts erkennbar, woraus hergeleitet werden könnte, daß zwischen den Genannten und dem Angekl. Anstellungsverhältnisse bestanden hätten, als der Angekl die Besorgung einer Rechtsangelegenheit für sie übernahm. Es kann auch keine Rede davon sein, daß in dem Falle des Schreinermeisters B. die Vergütung von monatlich nicht mehr als 5 RM für Buchführungsarbeiten und Erledigung von Steuersachen dem Angekl. die Eigenschaft eines selbständig im freien Beruf stehenden Mannes genommen und ihn zum abhängigen Arbeitnehmer des B. gemacht hätte.

Soweit der Angekl. aber nach dem Umfang der übertragenen Tätigkeit und nach der Höhe der Vergütung zu K. und zu dem Möbelhändler S. in einem Anstellungsverhältnis gestanden hätte, was im Falle S. ohne Rechtsirrtum bejaht werden konnte, ist zu beachten, daß die Anstellung zu Buchhaltungsarbeiten und Erledigung von Steuerpflichten keineswegs auch die Besorgung von Rechtsangelegenheiten des Arbeitgebers i. S. des Art. 1 § 1 RechtsberatungsG. umfaßt. Nur bei selbständigen öffentlich bestellten Wirtschaftsprüfern und vereidigten Bücherrevisoren, zu denen der Angekl. nicht gehörte, wird von dem Gesetz über Rechtsberatung (Art. 1 § 5 Nr. 2) ein so enger Zusammenhang ihrer gewöhnlichen Berufsangelegenheiten mit der sich dabei unmittelbar ergebenden rechtlichen Bearbeitung anerkannt, daß diesen Personen auch die rechtliche Bearbeitung ohne besondere Erlaubnis freisteht. Das Anstellungsverhältnis des Angekl. zu S. oder gegebenenfalls auch zu K. würde den Angekl. also nur dann berechtigt haben, auch Rechtsangelegenheiten dieser Arbeitgeber geschäftsmäßig zu besorgen, wenn das nach dem Inhalte des Anstellungsvertrags von vornherein zu den Pflichten des Angestellten gehört hätte. Gleichwohl kann es auch in dem entgegengesetzten Falle im Ergebnis richtig sein, daß das LG. die Tätigkeit des Angekl. in Rechtsangelegenheiten des S. aus dem strafbaren Verhalten des Angekl. ausgeschieden hat. Denn da es sich hierbei nur um ganz unbedeutende Dinge gehandelt haben soll, die nach genauen Weisungen, also ohne eigene Verantwortlichkeit, zu erledigen waren, so wäre es möglich, daß der Angekl. diese Besorgungen mit Rücksicht auf die Beziehungen aus dem Angestelltenverhältnis als gelegentliche Verrichtungen aus bloßer Gefälligkeit übernommen hätte; in diesem Falle konnte es an der Geschäftsmäßigkeit der Besorgung fehlen.

Im Sinne der §§ 1 und 8 des Art. 1 des Ges. über Rechtsberatung bedeutet nämlich „geschäftsmäßig" nichts anderes, als was durch dieses Wort auch in anderen Gesetzen, insbes. in dem § 157 ZPO. bei der „geschäftsmäßigen" Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten vor Gericht, bezeichnet wird. Das Kennzeichen der Geschäftsmäßigkeit einer Tätigkeit ist sonach, daß der Handelnde bei ihr beabsichtigt, sie in gleicher Art zu wiederholen und sie dadurch zu einem dauernden oder wenigstens zu einem wiederkehrenden Bestandteile seiner Beschäftigung zu machen (RGSt. 61, 47, 51 ff., auch mit Beziehung auf den § 157 ZPO.). Die Geschäftsmäßigkeit ist sonach ihrem Wesen nach ein Merkmal des inneren Tatbestandes, das — ebenso wie die Gewerbsmäßigkeit i. S. beispielsweise der §§ 218, 260 StGB. — auch dann vorhanden sein kann, wenn im äußeren Tatbestande nur eine Einzelhandlung vorliegt.

Auch für das Gesetz über Rechtsberatung ergibt sich nichts Gegenteiliges aus der Bestimmung (Art. 1 § 1), daß zwischen haupt- und nebenberuflicher Tätigkeit nicht unterschieden werden soll. Vielmehr erklärt sich diese Fassung der Vorschrift aus der Überzeugung, daß regelmäßig mindestens einen Nebenberuf in der Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten suchen wird, wer sich darauf einläßt, die behördliche Erlaubnis zu dieser Tätigkeit nachzusuchen. Die Bestimmung bedeutet also — im Gegensatze zu einer im Schrifttum vertretenen Ansicht (vgl. Jonas, Anm. 3 zu Art. 1 § 1 RBerMißbrG.) — nicht, daß mangels behördlicher Erlaubnis die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten nur dann verboten wäre, wenn sie mit einer Häufigkeit und in einem Um-

fang ausgeübt würde, die es rechtfertigen würden, von der Ausübung eines Berufs, mindestens eines Nebenberufs, zu sprechen. Das kommt deutlicher als in dem § 1 in der Strafbestimmung des § 8 zum Ausdruck; denn ihre Wortfassung bezeichnet als strafbar nicht etwa den, der ohne Erlaubnis, also verbotswidrig, einen geschäftsmäßigen Betrieb der Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten eröffnet oder unterhält oder fortsetzt, sondern schlicht den, der ohne Erlaubnis fremde Rechtsangelegenheiten geschäftsmäßig besorgt oder der gegen ein Verbot der im § 7 Satz 2 bezeichneten Art, wenn auch nur durch eine Einzelhandlung, verstößt.

Das LG. wird den Sachverhalt unter diesen Gesichtspunkten nochmals zu prüfen haben.

b) Das angef. Urteil führt aus, daß vier Verstöße gegen das Gesetz über Rechtsberatung vorlägen, diese jedoch eine fortgesetzte Handlung bildeten, da sie auf den einheitlichen Vorsatz des Angekl. zurückzuführen seien, anläßlich seiner Steuerberater- und Buchhaltertätigkeit auch „die damit zusammenhängende Rechtsberatung“ durchzuführen. Damit ist über den Vorsatz des Angekl. hier nicht mehr festgestellt als sein ganz allgemeines, nicht näher bestimmtes Vorhaben, sich auch der Besorgung der Rechtsangelegenheiten irgendwelcher Auftraggeber zu widmen, so bald und so oft sich dazu in seinem Hauptberuf bei Buchführungsarbeiten oder bei der Hilfeleistung in Steuersachen für irgendwelche Personen ein Anlaß oder eine Gelegenheit ergeben würde; Ort, Zeit und Art der zu betreuenden Rechtsangelegenheiten und die Person des jeweiligen Auftraggebers blieben bei einem solchen Vorhaben noch völlig der Zukunft anheimgestellt. Ein solches Vorhaben ist noch kein Gesamtvorsatz, der auf die stoßweise Verwirklichung eines bestimmten Gesamterfolgs gerichtet und deshalb allein geeignet wäre, mehrere Einzelhandlungen zu einer fortgesetzten Tat zusammenzufassen (vgl. RGSt. 66, 236, 238/239; RGUrt. v. 27. Sept. 1937: RGSt. 72, 211 = JW. 1937, 2961[1] = DJ. 1938, 340). Die Annahme des LG., daß der Angekl. wegen eines fortgesetzten Vergehens gegen das RechtsberatungsG. zu bestrafen sei, beruht also auf Rechtsirrtum.

Es tritt aber die Frage auf, ob mehrere einzelne Zuwiderhandlungen gegen das Gesetz über Rechtsberatung als ein sog. Sammelvergehen eine rechtliche Einheit bilden. Auch diese Frage ist jedoch zu verneinen.

Das RG. hat sich von seiner früheren Rspr. über Sammelstraftaten seit dem Beschlusse des Gr. Sen. für Strafsachen v. 21. April 1938 über die Beurteilung gewerbsmäßiger Abtreibungen (RGSt. 72, 164 = JW. 1938, 1513[1]) abgewendet. Nach dem Vorbilde dieser Entsch. des Gr. Sen. ist in dem RGUrt. v. 18. Juli 1938: RGSt. 72, 285 = JW. 1938, 2338[13] ausgesprochen worden, daß ebenso wie eine Abtreibung auch eine Hehlereihandlung die Eigenschaft einer selbständigen Handlung nicht dadurch verliert, daß sie gewerbsmäßig begangen wird. Die Begründung dieser Entsch., auf die hier verwiesen werden kann, trifft in den wesentlichen Punkten auch für die hier zu beantwortende Frage zu.

Der Gedanke an gewerbepolizeiliche Rücksichten und die Fassung des § 1 Abs. 1 im Art. 1 RBerMißbrG., die das Wort „betreiben“ enthält, könnten allerdings zunächst vielleicht dafür sprechen, daß das Gesetz gerade den nicht genehmigten Betrieb der Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten als eine Einheit habe verbieten wollen. Auch hier führt indessen schon der Wortlaut des § 8 eher zu einer anderen Auffassung. Vor allem aber ergibt sich aus dem § 1 Abs. 2 als Zweck des ganzen Gesetzes, nicht bloß die Zahl der Betriebe einzuschränken und dadurch einen unerwünschten zu starken Wettbewerb der Rechtsberater untereinander und gegenüber den Rechtsanwälten zu verhindern, sondern auch über der Zuverlässigkeit, persönlichen Eignung und Sachkunde der Rechtsberater zu wachen und dadurch die Volksgenossen vor den Gefahren zu schützen, die ihnen erwachsen, wenn sie unbewußt ihre Rechtsangelegenheiten unzuverlässigen oder nicht sachkundigen Personen zur Besorgung anvertrauen. Dieser Zweck des Gesetzes und namentlich der Zweck der zur Sicherung ergangenen Strafdrohung würde mangelhaft erreicht werden, wenn die Strafdrohung so verstanden würde, daß alle Merkmale eines geschäftlichen Betriebs oder einer Betriebsführung vorhanden sein müßten, um die Strafbarkeit zu begründen. Eine solche Auffassung ist daher hier ebenso abzulehnen, wie die Rspr. sie entsprechend im Gebiete des Gesetzes über den Verkehr mit unedlen Metallen abgelehnt hat (RGSt. 63, 355).

(RG., 1. StrSen. v. 9. Aug. 1938, 1 D 336/38.)
<= RGSt. 72, 313.>

*

**** 5. RG. — § 468 RAbgO.; § 9 RFluchtStVO. § 468 RAbgO. ist bei einem Vergehen der Steuerflucht nicht anzuwenden. Zur Frage des Nachweises des fehlenden Verschuldens.**

§ 468 RAbgO.: Der Angekl. ist von der StrK. wegen Steuerflucht verurteilt worden, Vergehen gegen § 9 Ziff. 1 ReichsfluchtsteuerVO. v. 8. Dez. 1931 (4. VO. des RPräs. zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zum Schutze des inneren Friedens, 7. Teil, Kap. III, Abschn. 1: RGBl. 699, 731). Das Gericht hat im Gegensatz zu dem rechtskräftigen Urteil des FinGer. beim LFinA. in Dresden vom 16. Jan. 1935 für unwiderlegt gehalten, daß der Angekl. erst mit Ablauf des 28. Febr. 1935 steuerpflichtig geworden sei (s. dazu jedoch unter 2a); er habe unwiderlegt bis Ende 1934 noch den „angenommenen“ Wohnsitz in Deutschland gemäß § 81 Ziff. 2 RAbgO. i. d. Fass. des 7. Teils, Kap. III, Abschn. 2, § 1 der obengenannten VO. gehabt. Das FinGer. hatte demgegenüber die Anwendbarkeit des § 81 Ziff. 2 RAbgO. verneint und als Fälligkeitstag der Reichsfluchtsteuer den 31. Mai 1933 bezeichnet. Die Rev. meint, die StrK. habe durch diese abweichende Würdigung ohne zuvorigen Anruf des RFH. den § 468 RAbgO. verletzt.

Diese Ansicht ist jedoch rechtsirrig. Der § 468 RAbgO. ist bei einem Vergehen der Steuerflucht nicht anzuwenden, wie auch das FinA. in seiner Gegenerklärung unter Aufgabe seiner früheren gegenteiligen Ansicht zutreffend annimmt; denn wie der Wortlaut des § 468 RAbgO. ergibt, gilt er nur bei Verurteilungen wegen „Steuerhinterziehung“ oder „Steuergefährdung“. Was unter Steuerhinterziehung oder Steuergefährdung zu verstehen ist, folgt aus den §§ 396, 402 RAbgO. Das Vergehen gegen § 9 Ziff. 1 ReichsfluchtsteuerVO. ist demgegenüber eine Sonderstraftat mit abweichend gestaltetem Tatbestande. Zwar ist dieses Vergehen nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 9 Ziff. 1 a. a. O. eine „Steuerzuwiderhandlung“ i. S. der RAbgO. Unter diesen Oberbegriff fallen aber, wie aus dem § 392 RAbgO. hervorgeht, zahlreiche Straftaten auf steuerrechtlichem Gebiete, die keine Steuerhinterziehung oder Steuergefährdung sind, z. B. Steuerhehlerei nach § 403 RAbgO., Steuerbegünstigung u. a. Zum Tatbestand des § 9 Ziff. 1 a. a. O. gehört insbes. kein „Bewirken“ einer Steuerverkürzung i. S. des § 396 RAbgO., d. h. keine Schmälerung der Steuereinnahmen durch steuerunehrliches Verhalten (RGSt. 70, 10/11 = JW. 1936, 386[12] m. Anm.; RGSt. 71, 216/217 = JW. 1937, 2967[8]), ferner kein Handeln zum eigenen Vorteile oder zum Vorteil eines anderen. Der Tatbestand des § 9 Ziff. 1 der VO. in der hier maßgebenden Fassung des Ges. v. 18. Mai 1934 (s. dazu unter II 2a) ist vielmehr bereits erfüllt durch das Nichtzahlen der Reichsfluchtsteuer binnen einem Monat seit dem Fälligwerden, sofern nicht nachgewiesen wird, daß den Steuerpflichtigen kein Verschulden trifft. Der Gesetzgeber hat das Vorliegen einer Sonderstraftat auch dadurch besonders gekennzeichnet, daß er dem Vergehen die besondere Bezeichnung „Steuerflucht“ gegeben hat. Das LG. war hiernach völlig unabhängig von der Entsch. der Finanzbehörden. Ähnliches hat der 1. StrSen. des RG. bereits für die Sonderstraftat des § 15 der 2. SteueramnestieVO. v. 19. Sept. 1931 (RGBl. 503) ausgesprochen (RGUrt. 1 D 221/36 v. 8. Sept. 1936: JW. 1936, 3467[13] (m. Anm.) = HöchstRRspr. 1937 Nr. 368, vgl. auch RGSt. 69, 93, 96 = JW. 1935, 1630[12] (m. Anm.).

Die StrK. hat nun zwar, ebenso wie die Rev., irrig angenommen, § 468 RAbgO. sei bei dem Vergehen der Steuerflucht grundsätzlich anwendbar. Hierdurch kann das Urteil aber weder zugunsten noch zuungunsten des Angekl.

beeinflußt worden sein; denn tatsächlich hat das LG. darüber, ob und in welchem Zeitpunkte eine Steuerflucht vorliege, selbständig entschieden. Für die Höhe der Reichsfluchtsteuer aber war in jedem Falle gem. § 3 Abs. 2 ReichsfluchtsteuerVO. der letzte Vermögensteuerbescheid vor der Abwanderung maßgebend.

1. § 81 Ziff. 2 RAbgO. i. d. Fass. der VO. v. 8. Dez. 1931 (RGBl. 735). Die StrK. hat festgestellt, daß der Angekl. spätestens Ende Mai 1933 seinen Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland aufgegeben habe. Sie nimmt aber als unwiderlegt an, daß die T.-AG., deren Vorstand der Angekl. war, auch nach diesem Zeitpunkte weiterhin bis Ende 1934 als Finanzierungsgesellschaft eine gewisse Geschäftstätigkeit in Deutschland entfaltet, also nicht völlig stillgelegen habe. Unter dieser tatsächlichen Voraussetzung ist es nicht zu beanstanden, daß die StrK. den Angekl. für die ganze Zeit bis Ende 1934, dem Zeitpunkte, in dem an die Stelle des § 81 Nr. 2 RAbgO. der nicht mehr für das „ReichsfluchtsteuerG." gültige § 14 Abs. 3 StAnpG. vom 16. Okt. 1934 trat, als „leitenden Angestellten" (Vorstand) i. S. des § 81 Ziff. 2 RAbgO. i. d. Fass. der 4. VO. des RPräs. zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen vom 8. Dez. 1931 (RGBl. 699, 735), 7. Teil, Kap. III, Abschn. 2, § 1 angesehen hat (vgl. dazu RFH. 39, 193, 198, 200/202). Ob der Angekl. sich wirklich als Vorstand betätigt hat, ob er entscheidend auf das inländische Unternehmen einzuwirken in der Lage war und dies wollte, ist hierbei ohne Bedeutung, wie der Senat in Übereinstimmung mit der angeführten Entsch. des RFH. annimmt (vgl. auch RFH. 39, 361, 362/363). Anscheinend hat die StrK. überdies für unwiderlegt angesehen, daß der Angekl. als einziger Vorstand vom Ausland her maßgebend auf den Geschäftsgang der Aktiengesellschaft eingewirkt hat, soweit ein solcher stattfand.

Das FinA. vertritt in der Gegenerklärung die Auffassung, daß der Angekl. nicht als „leitender Angestellter", sondern als „Inhaber" anzusehen sei, weil ihm sämtliche Aktien der T.-AG. gehörten, er außerdem alleiniger Vorstand gewesen sei. Es läge mithin eine sog. „Einmann"-Gesellschaft vor. In der amtlichen Begründung zum § 14 Abs. 3 StAnpG. v. 16. Okt. 1934 ist allerdings ausgeführt worden, daß die Inhabereigenschaft i. S. des § 14 Abs. 3 nach „betriebswirtschaftlichen" Gesichtspunkten zu beurteilen sei (RStBl. 1934, 1408/1409). Wäre der Angekl. als Inhaber, nicht als leitender Angestellter anzusehen, so käme der sog. „fingierte" Wohnsitz gem. § 81 Ziff. 2 RAbgO. bei ihm überhaupt nicht in Frage; denn erst im § 14 Abs. 3 StAnpG., der nach seiner ausdrücklichen Bestimmung für die ReichsfluchtsteuerVO. nicht gilt, sind die Inhaber den leitenden Angestellten gleichgestellt worden. Aus dem Grundgedanken des § 81 Ziff. 2 RAbgO. heraus ist die Auffassung des Nebenkl. jedoch für den § 81 Ziff. 2 RAbgO. abzulehnen; denn die Bestimmung will dem Ziel dienen, möglichst alles Einkommen, das im Lande verdient ist, der Besteuerung im Inlande zuzuführen (Amtl. Begründung zur NotVO. v. 8. Dez. 1931; Hartenstein, „Steuer- und Devisennotrecht", S. 106 unten; vgl. auch RFH. 38, 117, 118). Aus diesem Grunde hätte es nahegelegen, auch die im Ausland wohnhaften „Inhaber" inländischer Firmen schon bei der Neufassung des § 81 RAbgO. v. 8. Dez. 1931 den leitenden Angestellten gleichzustellen. Im StAnpG. vom 16. Okt. 1934 § 14 Abs. 3 ist das dann auch geschehen. Keinesfalls würde es aber der Grundrichtung dieser Bestimmungen entsprechen, für die Zeit vor dem Inkrafttreten des StAnpG. (1. Jan. 1935) einen leitenden Angestellten (Vorstand) deshalb von der Bestimmung auszunehmen, weil er betriebswirtschaftlich als Inhaber anzusehen sei.

2. Verschulden: Gem. § 9 Ziff. 1 ReichsfluchtsteuerVO. tritt Bestrafung nicht ein, „wenn der Steuerpflichtige nachweist, daß ihn kein Verschulden trifft". Wie der 3. StrSen. des RG. bereits unter dem 20. Juli 1936 ausgesprochen hat, bürdet diese Bestimmung dem Angekl. keine Beweislast nach Art des bürgerlichen Rechtsstreits auf, sondern begründet nur eine widerlegbare Schuldvermutung. Die Straffolgen sind bereits an das Vorliegen des äußeren Tatbestandes geknüpft, sofern nicht das Gericht aus der Verhandlung die Überzeugung gewinnt, daß den Angekl. kein Verschulden treffe (RGUrt. 3 D 292/36 v. 20. Juli 1936: DJ. 1936, 1340).

Die Ausführungen des Urteils zur Frage des Verschuldens sind jedoch bisher unzureichend, wie die Rev. im Ergebnis zutreffend rügt. Insbes. ist das Urteil in der Frage, in welchem Umfange die Schuldvermutung nach Auffassung der StrK. nicht widerlegt ist, unklar und widerspruchsvoll.

a) Zunächst hat die StrK. nicht beachtet, daß § 9 Abs. 1 ReichsfluchtsteuerVO. v. 8. Dez. 1931 (RGBl. 731) durch das Ges. v. 18. Mai 1934 (RGBl. 392) in zweifacher Richtung abgeändert worden ist: Der Nachweis der Wiederbegründung eines Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts im Inlande innerhalb der Frist steht der Strafbarkeit nicht mehr entgegen, ist daher jetzt rechtlich ohne jede Bedeutung. Ferner ist die Frist von zwei Monaten auf einen Monat verkürzt worden. Sie lief daher hier bei Zugrundelegung der tatsächlichen Annahmen der StrK. nicht erst am 28. Febr. 1935, sondern bereits am 31. Jan. 1935 ab.

b) Die Prüfung des Gerichts hätte sich, von dieser Grundlage ausgehend, darauf richten müssen, ob nach dem Vorbringen des Angekl. oder den sonst hervorgetretenen Umständen nachgewiesen sei, daß den Angekl. an dem Unterbleiben der Zahlung der Reichsfluchtsteuer bis zum 31. Jan. 1935 kein Verschulden traf, gegebenenfalls von welchem Zeitpunkte an ein solcher Nachweis nicht mehr als erbracht anzusehen sei, ferner ob dieser Nachweis hinsichtlich eines Teiles oder bezüglich der ganzen Fluchtsteuer nicht geführt sei. Dabei hatte die StrK. die tatsächliche Lage des Angekl. ab 1. Jan. 1935 zugrunde zu legen.

Zu dieser Zeit war nun das gesamte Inlandsvermögen des Angekl., und zwar bereits seit etwa 1½ Jahren, beschlagnahmt. Hierauf hatte sich der Angekl. zum Nachweis seiner Schuldlosigkeit in erster Linie berufen. Die StrK. hätte diesem Einwande gegenüber prüfen müssen, ob, wann und in welchem Umfange der Angekl. dennoch bei gutem Willen die Fluchtsteuer hätte zahlen können. Nur wenn sie nicht für nachgewiesen hielt, daß der Angekl. auch nur wegen eines Teiles der Reichsfluchtsteuer ohne Verschulden die Zahlung unterlassen hatte, durfte sie ihn wegen der Nichtzahlung des Gesamtbetrages verurteilen.

Die StrK. begegnet dem Einwand lediglich mit der Bemerkung, der Angekl. hätte, wenn er den ernsten Willen zur Zahlung gehabt hätte, dem FinA. nur zu erklären brauchen, es möge die Steuer aus dem Erlös der Verwertung des beschlagnahmten Vermögens entnehmen. Dies habe er nicht getan, sondern bis zuletzt überhaupt bestritten, reichssteuerflüchtig zu sein. An anderer Stelle führt die StrK. aber an, das gesamte „zum größten Teil bereits verwertete" inländische Vermögen des Angekl. habe bis zum 19. Jan. 1938, also einem etwa drei Jahre später liegenden Zeitpunkte, 276 573,15 *RM* zuzüglich 25 620,60 *RM* für Rechtsmittelkosten, also insgesamt 302 193,75 *RM* erbracht. Die Reichsfluchtsteuer ohne Zuschläge betrug jedoch 844 025 *RM*.

aa) Es fehlt zunächst jede Stellungnahme dazu, ob ein höherer Ertrag zu erwarten gewesen wäre, wenn der Angekl. die von der StrK. vermißte Erklärung abgegeben hätte. War dies zu verneinen, so ist nicht ersichtlich, inwiefern es, soweit zunächst das Inlandsvermögen des Angekl. in Betracht kommt, noch an dem Nachweis fehlte, daß dem Angekl. jedenfalls an der Nichtzahlung der den Betrag von 302 193,75 *RM* übersteigenden Summe kein ursächliches Verschulden zur Last fällt. Die StrK. hat aber die Geldstrafe unter erschwerender Berücksichtigung der Höhe des dem Reichsfiskus vorenthaltenen Betrages der Reichsfluchtsteuer auf 1 Million *RM* bemessen. Hiernach scheint sie bei der Strafzumessung davon ausgegangen zu sein, der Angekl. habe hinsichtlich des ganzen Betrages der Reichsfluchtsteuer nicht nachgewiesen, daß ihn kein Verschulden treffe. Das findet, wie dargelegt worden ist, in den bisherigen Ausführungen zum Schuldspruch keine Stütze. Es besteht demnach Grund zu der Annahme, daß die StrK. die Frage, ob der Angekl. mindestens hinsichtlich eines erheblichen Teiles der Fluchtsteuer sein man-

gelndes Verschulden nachgewiesen hat, nicht erschöpfend geprüft hat.

bb) Auch soweit der Angekl. die fragliche Erklärung nicht wenigstens hinsichtlich des zur teilweisen Deckung der Reichsfluchtsteuer zur Verfügung stehenden Inlandsvermögens abgegeben hat, bleibt offen, ob die StrK. den Nachweis des fehlenden Verschuldens zutreffend als gescheitert angesehen hat; denn es ist mangels irgendwelcher dahingehender Ausführungen nicht ohne weiteres ersichtlich, ob der Angekl. erwarten konnte, daß seine Erklärung in der Zeit nach dem 1. Jan. 1935 noch entgegengenommen worden wäre und irgendwelchen Erfolg haben konnte (vgl. dazu Urt. 1 D 532/37 v. 11. Jan. 1938).

cc) Die weitere Erwägung der StrK., der Angekl. habe bis zuletzt überhaupt bestritten, reichssteuerflüchtig zu sein, läßt nicht erkennen, ob die StrK. beachtet hat, daß der Angekl. von ihrem Standpunkte aus eine Reichsfluchtsteuerpflicht mit dem Fälligkeitstage des 31. Mai 1933 zu Recht bestritten hat. Auf dieser Grundlage aber beruhten sowohl der Steuerbescheid als auch die Anklage und der Eröffnungsbeschluß. Darauf, daß das Gericht in diesen Punkten von fehlerhaften Erwägungen ausgegangen sein kann, deutet auch die Bemerkung in der Strafzumessung hin, es sei erschwerend zu berücksichtigen, daß der Angekl. das Steuer- und das Strafverfahren „jahrelang hinausgezögert" habe.

Wegen der angeführten Mängel muß das Urteil aufgehoben werden.

Für die neue Verhandlung wird darauf hingewiesen, daß der äußere Tatbestand der Steuerflucht zwar erfüllt ist, wenn der Angekl. binnen einem Monat nach der Entstehung der Fluchtsteuer nicht zahlt; falls jedoch wegen Unterbleibens der Zahlung zu diesem Zeitpunkte nicht bestraft werden kann, weil nachgewiesen wird, daß der Steuerpflichtige ohne Verschulden nicht gezahlt hat, so kann der Tatbestand bis zur Verjährung des Steueranspruchs auch in einem späteren Zeitpunkte verwirklicht werden, falls der Nachweis unverschuldeten Unterbleibens der Zahlung für diesen Zeitpunkt nicht mehr erbracht ist und der Steuerpflichtige nicht spätestens in diesem Zeitpunkte unverzüglich gezahlt hat. Denn es ist nicht der Sinn des § 9 Ziff. 1 ReichsfluchtsteuerVO., daß der Steuerflüchtige lediglich dann bestraft werden soll, wenn er innerhalb eines Monats nach der Entstehung der Steuerschuld nicht zahlt, ohne seine Schuldlosigkeit nachzuweisen, vielmehr soll das durch die §§ 1, 4, 5 und 8 ReichsfluchtsteuerVO. von Gesetzes wegen aufgestellte Zahlungsgebot allgemein nach fruchtlosem Ablauf der Frist von einem Monat so lange unter Strafschutz gestellt sein, als es wirksam weiter besteht, soweit nicht der Nachweis schuldlosen Unterbleibens der Zahlung geführt wird. Das Urteil des 1. StrSen. v. 20. Mai 1938: RGSt. 72, 208 = JW. 1938, 2345[22] steht nicht entgegen; denn es behandelt einen Fall, in dem gegen das Vorliegen des inneren Tatbestandes (fehlender Nachweis mangelnden Verschuldens) innerhalb der Frist keine Bedenken bestanden.

In der neuen Verhandlung wird die StrK. ferner zu beachten haben, daß der Angekl. nach den Feststellungen des Urteils auch an ausländischen Unternehmungen beteiligt ist. Dieses ausländische Vermögen war von der Beschlagnahme nicht erfaßt. Es mußte von dem Angekl. verlangt werden, daß er auch dieses Vermögen zur Bezahlung seiner Steuerschuld heranzog, sofern es für diesen Zweck flüssig zu machen war und er dadurch seine Lebensgrundlagen nicht vernichtete (vgl. RGUrt. 3 D 292/36 v. 20. Juli 1936: DJ. 1936, 1340; 2 D 1044/33 v. 7. Febr. 1935: JW. 1935, 2058[26]; 1 D 532/37 v. 11. Jan. 1938; siehe auch Sewesoh: StW. 1934, Teil I Sp. 1362). Zu der Frage, ob und inwieweit der Angekl. die Reichsfluchtsteuer aus dem Auslandsvermögen hätte bezahlen können, hat die StrK. bisher überhaupt keine Stellung genommen. Der Senat vermag daher mangels ausreichender tatsächlicher Grundlagen auch aus diesem Gesichtspunkte heraus kein Scheitern des Nachweises der Schuldlosigkeit zu entnehmen.

(RG., 4. StrSen. v. 25. Okt. 1938, 4 D 362/38.)

*

6. RG. — Ist der unlautere Wettbewerb (irreführende Angaben) durch die Verbreitung von Druckschriften strafbaren Inhalts begangen, so unterliegt die Strafverfolgung der kurzen Verjährung des § 22 PreßG. v. 7. Mai 1874 i. d. Fass. des RGes. v. 28. Juni 1935 (RGBl. I, 839).

(RG., 3. StrSen. v. 13. Okt. 1938, 3 D 721/38.)

Strafprozeßordnung

7. RG. — § 74 StPO. — Nach der Rspr. des RG. (RGZ. 72, 250 = JW. 1938, 2201[13]) rechtfertigt die Tatsache, daß ein Sachverständiger vor der Hauptverhandlung für eine Versicherungsgesellschaft wegen desselben Unfalls beruflich tätig gewesen ist und für sie bereits ein schriftliches Gutachten ausgearbeitet hat, vom Standpunkt des Angekl. aus die Besorgnis, daß er bei der Erstattung des Gutachtens in dem Strafverfahren gegen ihn nicht unbefangen sein werde.

(RG., 3. StrSen. v. 17. Okt. 1938, 3 D 536/38.)

*

8. RG. — § 341 StPO. Bei dem Gericht „angebracht" ist die RevBegr. schon dann, wenn sie amtlich in die Hände eines zur Entgegennahme und zur Beurkundung des Einganges zuständigen Beamten oder Angestellten der Geschäftsstelle gelangt ist.

Der vorstehende in RGZ. 145, 233 (236 ff.) = JW. 1935, 40[11] für den Zivilprozeß ausgesprochene Grundsatz muß auch für den Strafprozeß gelten. Daß das Schriftstück zur Kenntnis des Gerichts gelangt, ist zwar der Zweck der Anbringung, gehört aber nicht zu ihrem Wesen. Wenn die StPO. vorschreibt, daß die Anbringung bei „Gericht" erfolgt, so meint sie die Behörde als solche und überläßt die Bestimmung der Dienststelle, die das Schriftstück amtlich entgegenzunehmen hat, dem Landesrecht. Aus Nr. 35 und Nr. 37 Abs. 6 der preuß. Zusatzbestimmungen zur Aktenordnung ergibt sich aber, daß die Geschäftsstellen dafür zuständig sind.

(RG., 3. StrSen. v. 17. Okt. 1938, 3 D 536/38.)

Zivilrecht

Bürgerliches Gesetzbuch

9. RG. — § 35 BGB.; § 1 KartVO. v. 2. Nov. 1923.

1. Es ist in der Rspr. des RG. anerkannt, daß ein Verein sich für den Fall der Verletzung der Vereinspflichten eine Strafbefugnis gegenüber seinen Mitgliedern beilegen kann.

2. Das Formerfordernis des § 1 KartVO. bezweckt nach der Rspr. des RG. und des KartG. zur Ermöglichung einer wirksamen Beaufsichtigung der Kartelle die schriftliche Festlegung kartellmäßiger Bindungen dergestalt, daß jederzeit die sichere Feststellung ihres Inhalts wie auch ihrer Teilnehmer möglich ist; dieser Zweck erfordert aber nicht einen den Erfordernissen des § 126 BGB. entsprechenden Vertrag zwischen Kartell und Beitretendem.

3. Beim Fehlen einer gegenteiligen Bestimmung ist unbedenklich anzunehmen, daß der Beitritt zu einem Verein in der Form der Bedingung von der Einräumung bestimmter Rechte — gegebenenfalls als Sonderrecht i. S. des § 35 BGB. abhängig gemacht werden kann.

Der Kl., der Verband deutscher Herdfabrikanten e. V., in dem fast alle deutschen Herdfabriken kartellmäßig zusammengeschlossen sind, hat gegen die Bekl., die Herdfabrik GmbH. in D., wegen Verfehlungen gegen die Verbandssatzungen einen Strafgeldanspruch in Höhe eines Teilbetrags von 3000 *RM* eingeklagt.

Die Bekl. hat eingewandt, daß sie niemals Mitglied des klagenden Vereins geworden sei, da die durch § 1 KartVO. v. 2. Nov. 1923 vorgeschriebene Schriftform nicht gewahrt sei, da ferner die nach § 12 Abs. 4 der Satzung v. 8. Dez. 1931 erforderliche Abstimmung über ihre Aufnahme in der Hauptversammlung v. 9. Febr. 1934 nicht stattgefunden habe und da es überdies an einer Willensübereinstimmung über den

räumlichen Geltungsbereich des ihr zuzugestehenden Schutzrabatts gefehlt habe.

Das LG. hat die Bekl. nach dem Klageantrag verurteilt. Das OLG. hat die Berufung zurückgewiesen.

Die Rev. führte zur Aufhebung der angef. Urteile und zur Abweisung der Klage, da der Rechtsstreit als zur Endentscheidung — und zwar zur Abweisung — reif angesehen wurde.

I. Daß ein Verein sich für den Fall der Verletzung der Vereinspflichten eine Strafbefugnis gegenüber seinen Mitgliedern beilegen kann, ist in der Rspr. des RG. anerkannt (RGZ. 114, 327 = JW. 1926, 2915 [m. Anm.]; JW. 1928, 2209[4] mit Nachweisungen; WarnRspr. 1937 Nr. 127) und wird von der Bekl. in diesem Rechtszuge auch nicht mehr in Zweifel gezogen. Die Unterwerfung unter die Strafgewalt des Vereins hat den rechtsgültigen Erwerb der Mitgliedschaft zur Voraussetzung.

Daß für den Beitritt der Bekl. zu dem klagenden Verein die nach § 1 KartVO. erforderliche Schriftform gewahrt ist, hat das BG. ohne Rechtsirrtum angenommen. Mit den Angriffen, die die Rev. insoweit gegen das BU. richtet, vermag sie nicht durchzudringen. Wie das RG. wiederholt ausgeführt hat, bezweckt das Formerfordernis des § 1 KartVO. zur Ermöglichung einer wirksamen Beaufsichtigung der Kartelle die schriftliche Festlegung kartellmäßiger Bindungen dergestalt, daß jederzeit die sichere Feststellung ihres Inhalts wie auch ihrer Teilnehmer möglich ist; dieser Zweck der Formvorschrift erfordert nicht eine Auslegung dahin, daß es für den Beitritt zu einem Kartell noch eines den Erfordernissen des § 126 BGB. entsprechenden Vertrags zwischen dem Kartell und dem Beitretenden bedürfte (RGZ. 128, 7 = JW. 1930, 1387[9]; RGZ. 151, 150 = JW. 1936, 2644[9] m. Anm.). Denselben Standpunkt vertritt nunmehr in ständiger Rspr. auch das KartG. (vgl. u. a. KartRdsch. 1926, 286; 1927, 404; 1933, 134 ff., insbes. S. 141). Mag auch die Bekl. ihren Beitritt zunächst nur mündlich erklärt haben, so hat sie ihn doch dadurch schriftlich bestätigt, daß sie nach der Feststellung des BG. in ihrem Briefe v. 4. Mai 1934 dem Kl. u. a. schrieb: „Heute, nachdem wir dem Verband angehören..." Durch diese Erklärung sowie durch die in der Niederschrift über die Hauptversammlung v. 9. Febr. 1934 enthaltene schriftliche Feststellung der Aufnahme der Bekl. war dem Formerfordernis des § 1 KartVO. auf alle Fälle genügt.

Die Rev. bittet noch um Nachprüfung, ob die vom BG. festgestellten Vorgänge in der Hauptversammlung v. 9. Febr. 1934 als Abstimmung i. S. des § 12 der Satzung v. 8. Dez. 1931 genügten. Es ist jedoch rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das BG. beim Fehlen satzungsmäßiger Vorschriften über die Form der Abstimmung eine als Abstimmung anzusehende Zustimmung der anwesenden Mitglieder darin erblickt hat, daß, wie in der Niederschrift über die Hauptversammlung festgestellt ist, das Ergebnis der Einigungsverhandlung vom 7. Febr. 1934, nämlich der Beitritt der Bekl., „von allen Anwesenden dankbar begrüßt wurde".

II. Mit Recht beanstandet die Rev. aber die Ausführungen des BG., mit denen es den Einwand der Bekl. zurückweist, daß es zu keiner Einigung über den räumlichen Geltungsbereich des der Bekl. zuzugestehenden Schutzrabatts gekommen sei. Die Bekl. hatte geltend gemacht, sie habe nur dann Mitglied des klagenden Vereins werden wollen, wenn ihr ein Schutzrabatt von 3% für ganz Deutschland zugebilligt werde; dies sei ihr bei den Vorverhandlungen v. 7. Febr. 1934 auch zugesichert worden; erst daraufhin habe sie ihren Beitritt erklärt. Der Kl. hatte demgegenüber vorgetragen, bei der Verhandlung v. 7. Febr. 1934 sei Einigkeit darüber erzielt worden, daß der Bekl. ein Schutzrabatt von 3% nur für Süddeutschland gewährt werde; auf Grund dieses Zugeständnisses habe die Bekl. ihren Beitritt erklärt. Das BG. geht davon aus, es bestehe, da bald nach der Beitrittserklärung der Bekl. die Frage des Umfanges der Rabattgewährung streitig geworden sei, eine tatsächliche Vermutung dafür, daß die Parteien hierüber eine Einigung nicht erzielt hätten, gelangt aber „auf Grund der ganzen Sachlage" zu der Überzeugung, daß die Frage der Rabattgewährung von der Beitrittserklärung zu trennen sei. Demgemäß nimmt es an, daß der Umfang der Rabattgewährung zwar bei den Vorverhandlungen eine Rolle gespielt habe, von den Parteien aber nicht als Bestandteil der Beitrittserklärung angesehen worden sei; wenn die Bekl. sich nur auf Grund der Annahme, der Rabatt sei ihr für ganz Deutschland gewährt, zum Beitritt entschlossen hätte, so sei dieser Umstand doch für sie lediglich ein Beweggrund ihrer unbedingten und vorbehaltlosen Beitrittserklärung gewesen; ein solcher Irrtum sei unbeachtlich und begründe keine Nichtigkeit des Vertrags.

Die Annahme des BG., die Frage der Rabattgewährung sei „auf Grund der ganzen Sachlage" von der Beitrittserklärung zu trennen, entbehrt, wie die Rev. mit Recht rügt, einer dem § 286 Abs. 1 Satz 2 ZPO. entsprechenden Begründung und wird dem Vorbringen der Bekl. in keiner Weise gerecht. Unstreitig hat die Bekl. ihren Beitritt mündlich im Laufe der Einigungsverhandlung v. 7. Febr. 1934 im unmittelbaren Anschluß an die Besprechungen über den ihr zu gewährenden Schutzrabatt und über eine Reihe von Einzelwünschen ihres Geschäftsführers K. erklärt. Das ergibt völlig eindeutig auch die vom Verbandsgeschäftsführer J. verfaßte, im Tatbestand wiedergegebene Niederschrift. Zweck der Einigungsverhandlung war es, festzustellen, unter welchen Voraussetzungen die Bekl. als Außenseiter bereit war, dem klagenden Verein als Mitglied beizutreten. Wenn für sie, wie das BG. unterstellt, die Bewilligung eines Rabattes für ganz Deutschland der Beweggrund für die Erklärung ihres Beitritts war, so kann es weiterhin auf Grund der Niederschrift v. 7. Febr. 1934 nicht zweifelhaft sein, daß dieser Beweggrund zum Gegenstand der Vertragsverhandlung gemacht worden war. Die Ansicht des BG., daß die Bekl. ihren Beitritt unbedingt und vorbehaltslos erklärt habe, ist unter diesen Umständen unhaltbar. Vielmehr wäre, wenn die Behauptungen der Bekl. zutreffen, ihre Beitrittserklärung — auch aus ihren späteren schriftlichen Erklärungen erkennbar — dadurch bedingt gewesen, daß die Hauptversammlung, der die endgültige Entschließung zustand, den ihr vom Verbandsgeschäftsführer J. mündlich zugesicherten Schutzrabatt von 3% für ganz Deutschland gewährte. Dieser Fall ist unstreitig nicht eingetreten. Ohne Erhebung der von den Parteien über den Inhalt der Einigungsverhandlung v. 7. Febr. 1934 angebotenen Beweise war mithin eine Stellungnahme zu dem hier in Rede stehenden Einwand der Bekl. nicht möglich. Daß an sich der Beitritt zu einem Verein in der Form der Bedingung von der Einräumung bestimmter Rechte, gegebenenfalls als Sonderrechte i. S. des § 35 BGB. (der auch auf nichtrechtsfähige Vereine Anwendung findet, Staudinger-Riezler, 10. Aufl., § 35 Anm. 13), abhängig gemacht werden kann, ist beim Fehlen einer gegenteiligen Bestimmung, wie sie z. B. § 15 Abs. 1 GenG. enthält, unbedenklich anzunehmen.

Auch wenn es sich so verhalten haben sollte, daß die Bekl. ihren Beitritt nur unter der Bedingung erklären wollte, daß ihrem Verlangen nach Gewährung eines Schutzrabattes für ganz Deutschland stattgegeben werde, während der Verbandsgeschäftsführer J. und auf Grund seiner Niederschrift auch die Hauptversammlung der Auffassung waren, daß die Bekl. sich mit einem Schutzrabatt für Süddeutschland begnügt habe, wäre die Mitgliedschaft beim klagenden Verein von der Bekl. nicht rechtsgültig erworben worden. Der Beitritt vollzieht sich im vorl. Falle, in dem es nach der Satzung des klagenden Vereins außer der Beitrittserklärung noch eines Aufnahmebeschlusses der Hauptversammlung bedarf, durch Vertrag zwischen dem Beitretenden und dem Verein. Für das Zustandekommen eines solchen Vertrags würde es bei der vorstehend angenommenen Sachlage an der erforderlichen Willensübereinstimmung gefehlt haben.

Dadurch, daß die Bekl. sich zunächst als Mitglied betätigt und schließlich von dem ihr nach der Satzung zustehenden Kündigungsrechte Gebrauch gemacht hat, ist sie im Gegenteil zu den Ausführungen der Revisionsbeantwortung nicht gehindert, sich nunmehr darauf zu berufen, daß es von vornherein an einem rechtswirksamen Erwerb der Mitgliedschaft gefehlt habe.

(RG., IV. ZivSen., U. v. 24. Okt. 1938, IV 94/38.)

**** 10. RG. — § 276 BGB.; § 1 VVG.; § 3 Nr. 2 AllgVersBed. für Kraftfahrzeugversicherungen. Wenn in AllgVersBed. für Kraftfahrzeugversicherungen bestimmt ist, daß der Versicherungsschutz nur gewährt wird, wenn der berechtigte Führer des Kraftfahrzeugs bei Eintritt des Schadens den zur Führung des Fahrzeugs vorgeschriebenen Führerschein hat oder der Versicherungsnehmer dies entschuldbarerweise annehmen konnte, so handelt es sich bei der zweiten Alternative weder um eine Vertragspflicht noch um eine Obliegenheit des Versicherungsnehmers, sich nach dem Besitze des Führerscheins zu erkundigen, auch nicht im Verhältnis zum Versicherer um eine sich aus § 24 Abs. 2 KraftfG. ergebende Pflicht des Versicherungsnehmers hierzu, sondern um eine mit der ersten Alternative gleichwertige Voraussetzung des Versicherungsschutzes, für die nicht etwa eine Verschuldensvermutung zu widerlegen ist. Der Ausdruck: „entschuldbarerweise annehmen konnte" enthält eine gewollte Abweichung von der gesetzlichen Begriffssprache; er bedeutet nicht „ohne (jedes) Verschulden", sondern stellt mehr auf das Maß der verständigerweise im Verkehr üblichen, also unter den Umständen des besonderen Falles von verkehrserfahrenen, vernünftigen und praktischen Leuten verlangten und angewendeten Sorgfalt ab im Gegensatz zu § 276 BGB., der den abstrakt-objektiven Maßstab der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt aufstellt. Ein subjektiver Maßstab, wie im Strafrecht, ist das aber nicht.**

Der Kl. ist als Kraftwagenführer und -halter bei der Bekl. gegen Kaskoschäden, Haftpflicht und Unfall versichert. Er hat am 21. Juli 1937 mit seinem Kraftwagen auf der Landstraße einen Unfall erlitten und verlangt deshalb von der Bekl. Versicherungsschutz. Bei dieser Fahrt hatte der Kl. seinen Wagen durch den bei dem Unfall ums Leben gekommenen Ingenieur N. steuern lassen. Da dieser keinen Führerschein besaß, hat die Bekl. unter Hinweis auf § 3 Nr. 2 ihrer AllgVersBed. die Forderungen des Kl. abgelehnt. Nach dieser Bestimmung wird der Versicherungsschutz nur dann gewährt, wenn der berechtigte Führer des Fahrzeugs bei Eintritt des Schadens den zur Führung des Fahrzeugs vorgeschriebenen Führerschein hat, „oder der Versicherungsnehmer dies entschuldbarerweise annehmen konnte".

Der Kl. hat behauptet, nicht gewußt zu haben, daß N. nicht im Besitze eines Führerscheins war. Er habe, bevor er dem N. die Führung des Wagens überlassen habe, ihn ausdrücklich gefragt, ob er im Besitze des Führerscheins sei, N. habe das mit großer Bestimmtheit bejaht. Aus verschiedenen besonders triftigen Gründen habe er, der Kl., annehmen dürfen, daß N. ihm die Wahrheit sage. Er hat beantragt, festzustellen, daß die Bekl. verpflichtet sei, ihm Versicherungsschutz wegen des erwähnten Kraftwagenunfalls zu gewähren, soweit es sich um Kasko- und Unfallschäden handelt. Den ursprünglich gestellten Antrag, die Pflicht der Bekl. zur Gewährung des Versicherungsschutzes allgemein festzustellen, hat der Kl. fallen lassen, nachdem die Bekl. vorgetragen hatte, daß Ansprüche von seiten der Hinterbliebenen des N. nicht gestellt würden.

Die Bekl. hält das Vorbringen des Kl., auch wenn man es als richtig unterstelle, nicht für ausreichend, den Irrtum des Kl. hinsichtlich des Fehlens des Führerscheins als entschuldbar anzusehen. Weiter macht sie geltend: Soweit der Kl. Versicherungsschutz aus der Unfallversicherung in Anspruch nehme, sei der Unfall gem. § 15 Abs. II Nr. 1 AllgVersBed. von der Versicherung ausgeschlossen, weil der Kl. den Unfall bei der Ausführung eines Vergehens gegen § 24 Abs. 2 KraftfG. erlitten habe. Was die Kaskoversicherung angehe, so sei die Bekl. gem. § 61 VVG. von der Verpflichtung zur Leistung frei, weil der Kl. den Versicherungsfall durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt habe.

Das OLG. hat die Klage in vollem Umfange abgewiesen.

Die Rev. hatte Erfolg.

Die im vorl. Falle vereinbarten, als sog. typische der freien Auslegung durch das RevG. unterliegenden „Allgemeinen Bedingungen für Kraftfahrzeug-Versicherungen" (AVB.) bestimmen in § 3 Nr. 2 unter der Überschrift: „Einschränkung des Versicherungsschutzes": „Der Versicherungsschutz wird nur dann gewährt, wenn der berechtigte Führer des Kraftfahrzeugs bei Eintritt des Schadens den zur Führung des Fahrzeugs vorgeschriebenen Führerschein hat oder der Versicherungsnehmer dies entschuldbarerweise annehmen konnte."

Daß unter dem „berechtigten Führer des Kraftfahrzeugs" i. S. dieser Bestimmung nicht etwa derjenige zu verstehen ist, der im Besitz des polizeilich vorgeschriebenen Führerscheins ist, sondern derjenige, der — wenn es nicht der Versicherungsnehmer selbst ist — mit Willen des Versicherungsnehmers (Halters) oder seines Vertreters das Fahrzeug führt, wie der erk. Sen. RGZ. 154, 340 = JW. 1937, 2362[15] m. Anm., Berichtigung: JW. 1937, 2488 entschieden hat, davon geht offenbar auch das BG. aus. Im Sinne dieser Bestimmung war also N. „berechtigter Führer" des Kraftwagens. Weiter ist klar, daß der Versicherungsschutz nach Maßgabe des zweiten Halbsatzes gerade auch dann zu gewähren ist, wenn dieser Wagenführer den vorgeschriebenen Führerschein nicht hatte, sofern nur der Versicherungsnehmer dies „entschuldbarerweise annehmen konnte".

Entscheidend für den vorliegenden Fall ist die Auslegung des Begriffs „entschuldbarerweise" in der vorgenannten Bestimmung.

Hier ist zweierlei voranzustellen: Einmal der sich aus der Fassung dieser Vertragsbestimmung von selbst ergebende Grundsatz, daß allgemeine Regeln darüber, in welchen Fällen der Irrtum des Versicherungsnehmers über die Führerscheininhaberschaft des berechtigten Wagenführers „entschuldbar" sein soll, in welchen nicht, überhaupt nicht aufgestellt werden können, daß dies vielmehr immer von den gesamten Umständen des einzelnen Falles abhängig sein muß. Insofern ist es deshalb schon irreführend, wenn das BG. meint, an und für sich genüge der Halter seiner „Prüfungspflicht" nur dann, wenn er sich vor Antritt der Fahrt den Führerschein vorlegen lasse. Auch dies kann nicht als allgemeine Regel aufgestellt werden. Weiter ist zu beachten: Von einer „Prüfungspflicht" im Sinne einer vertraglichen, dem Versicherungsnehmer gegenüber dem Versicherer obliegenden Pflicht kann im Rahmen der vorl. Bestimmung der Versicherungsbedingungen überhaupt nicht die Rede sein; es handelt sich auch nicht, wie das BG. annimmt, um eine „Obliegenheit" des Versicherungsnehmers, sondern, wie bereits ausgeführt, um eine Abgrenzung des Versicherungsschutzbereichs, im einzelnen bei der Frage, ob der Irrtum des Versicherungsnehmers als „entschuldbar" gelten kann, um eine der Voraussetzungen des Versicherungsschutzes, also weder um die Frage nach einer Vertragspflicht- oder Obliegenheitsverletzung noch um ein Freiwerden des Versicherers von der Leistungspflicht. Daß auch die Vorschriften des § 24 KraftfG. nicht etwa eine Prüfungspflicht des Versicherungsnehmers i. S. der Bestimmungen des Versicherungsvertrags (§ 3 Nr. 2 AVB.) begründen, hat die Bekl. selbst mit Recht ausgeführt. Auf diesem Standpunkt steht auch der Vorderrichter.

Wenn nun so die Frage für den Umfang des Versicherungsschutzbereiches entscheidend ist, ob der erwähnte Irrtum des Versicherungsnehmers „entschuldbar" war, dann ist es klar, daß die Vertragsbestimmung voraussetzt, der Irrtum könne auch unentschuldbar sein. Das darf aber nicht zu der Annahme führen, die Unentschuldbarkeit solchen Irrtums sei als Regel zu vermuten, die Entschuldbarkeit als Ausnahme besonders streng zu beurteilen. Vielmehr stehen der tatsächliche Führerscheinsbesitz des berechtigten Wagenführers und der entschuldbare Glaube des Versicherungsnehmers daran als gleichwertige Voraussetzungen für die Gewährung des Versicherungsschutzes nebeneinander. Es ist also, wie sich aus dem bisher Ausgeführten ergibt, frei von Auslegungseinschränkungen oder Verschuldensvermutungen an die Prüfung heranzugehen, ob der Irrtum des Kl. „entschuldbar" gewesen ist.

In den Erörterungen der Vorinstanzen, auch im angef. Urteil, ist der Fassung dieser Bestimmung mit Recht besondere Beachtung zugewendet und darauf hingewiesen worden, daß sie sich nicht an die Gesetzessprache anschließt, daß vielmehr die besondere Färbung der Ausdrucksweise auch einen besonderen Inhalt nahelege. Der Laie verstehe, so hatte insbes. der Kl. ausgeführt, unter dem Ausdruck „entschuldbarerweise"

etwas anderes als „ohne Fahrlässigkeit“ oder „ohne Verschulden“. Der BerR. will im Wortlaut der Vertragsbestimmung zunächst nur eine „positive“ Fassung gegenüber der „negativen“ Fassung: „ohne Verschulden“ oder „ohne Fahrlässigkeit“ sehen. Darüber hinaus könne, so meint er, höchstens gesagt werden, daß der Ausdruck der Vertragsbestimmung eine gewisse subjektive Färbung habe, welche dem Begriff der Fahrlässigkeit nach § 276 BGB. fehle. Wenn er an die „subjektive Färbung“, die dem Begriffe der Fahrlässigkeit im bürgerlichen Rechte fremd sei, die Folgerung knüpft, daß ihretwegen die Umstände des Einzelfalles entscheidend seien, so ist das insofern unrichtig, als diese Umstände immer, also gerade auch bei der Anwendung des § 276 BGB., entscheidend sind. Vielmehr denkt der BerR. offenbar an den strafrechtlichen Begriff der Fahrlässigkeit, der auf den dem einzelnen Beschuldigten noch seiner Persönlichkeit zuzumutenden Grad von Sorgfaltsaufwendung abstellt. Nicht hervorgehoben wurde bisher im Zusammenhange mit diesen Erörterungen der Umstand, daß auch die hier maßgebenden Bedingungen an mehreren Stellen andere, sonst in der Gesetzessprache und in AllgVersBed. übliche Begriffsbestimmungen für Verschulden oder dessen Fehlen verwenden, wie „Vorsatz“, „grobe Fahrlässigkeit“ (§ 6), „bewußt gesetz- oder vorschriftswidriges Handeln des Versicherungsnehmers“ (§ 14 Ziff. 5). Es kann bei der Sorgfalt, mit welcher erfahrungsgemäß die AllgVersBed. von rechts- und versicherungskundigen Bearbeitern abgefaßt werden, nicht bedeutungslos sein, daß in § 3 Nr. 2 ein Ausdruck gewählt wurde, der sich sonst weder in diesen Bedingungen noch im Gesetze findet, der aber durchaus dem allgemeinen Sprachgut angehört und darin Träger einer bestimmten Bedeutung ist: „entschuldbarerweise annehmen konnte“. Der Unterschied von den gesetzlichen und — diesen entsprechend — sonst auch in den Bedingungen der Bekl. gewählten Begriffsbestimmungen: „unverschuldet“ (§ 6 Abs. 1 VVG.) — „weder auf Vorsatz noch auf grober Fahrlässigkeit beruhend“ (§ 6 Abs. 2 VVG. — § 6 AVB.), „Vorsatz“, „Fahrlässigkeit“, „Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ (§ 276 BGB.) beruht aber nicht, wie das OLG. meint, auf der Betonung der „subjektiven“ Seite, ähnlich wie im Strafrecht, so daß eine sonst „unentschuldbare“ Fahrlässigkeit „entschuldbar“ würde um deswillen, weil gerade von dem Täter nach seiner besonderen Persönlichkeit die Aufwendung der sonst erforderlichen oder auch nur üblichen Sorgfalt nicht zu verlangen sei; er beruht vielmehr auf der stärkeren Betonung des Verkehrsüblichen, also des Maßes von Sorgfalt, das nach der Lebenserfahrung unter den gegebenen Umständen von vernünftigen, praktischen Leuten aufgewendet zu werden pflegt und man demgemäß von solchen verlangt. Damit ist ein gewisser, der Erfahrung des täglichen Lebens entnommener Gegensatz zum Ausdruck gebracht zu dem objektiv-abstrakten Maßstab der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 BGB.), auf dem sich die sonst kraft Gesetzes oder kraft Vertrages anzuwendenden Begriffe von Verschulden und Fahrlässigkeit aufbauen. So gesehen kann also, vom abstrakten Standpunkt der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt aus immerhin ein gewisses Verschulden anzunehmen sein, und gleichwohl kann der Täter (Versicherungsnehmer) „entschuldbar“ handeln. Bei Anwendung auf den vorl. Fall ergibt diese Betrachtungsweise, daß, vom gesetzlichen Begriff der Fahrlässigkeit (§ 276 BGB.) aus gesehen, der Kl. nicht alle „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ aufgewendet haben mag, um sich Gewißheit zu verschaffen, ob N. auch wirklich Inhaber eines vorschriftsmäßigen Führerscheins war, er kann aber dabei denjenigen Grad von Sorgfalt betätigt haben, der nach der gesunden Verkehrsanschauung unter den besonderen Umständen, die gegeben waren, genügte, mit anderen Worten, den Grad von Sorgfalt, den in dem besonderen Falle irgendwelche andere, als vernünftig und praktisch anzusehende Leute an seiner Stelle für ausreichend gehalten haben würden. Denn dann ist das Verhalten des Kl. nach allgemeiner Verkehrsauffassung eben „entschuldbar“ gewesen, mag es auch nicht den abstrakten strengsten Anforderungen entsprochen haben, mag auch eine gewisse Verfehlung übrigbleiben. Schuldloses und entschuldbares Verhalten — Handeln wie Unterlassen — wird im Sprachgebrauch ebenso wie im Rechtsempfinden des Volkes sehr wohl unterschieden. Zwar ist alles, was unverschuldet, also völlig schuldlos getan oder unterlassen wird, „entschuldbar“; aber entschuldbar ist danach auch, was zwar vielleicht nicht ganz strengsten Anforderungen entspricht, was aber die Verkehrsanschauung dem Handelnden oder Unterlassenden nach den Umständen des Falles nicht zum Vorwurf machen will, ähnlich, wenn auch nicht gleichbedeutend mit dem Begriff: „verzeihlich“.

Die vorstehende, nach bekannter Rspr. dem RevG. freistehende Auslegung trägt zweifellos der Absicht Rechnung, die man mit dieser Regelung in den AllgVersBed. verfolgt hat. Gerade der vorl. Fall ist ein bezeichnendes Beispiel dafür. Wie bereits erwähnt, besteht eine vertragliche Pflicht des Versicherungsnehmers zur Erkundigung nach dem Führerscheinsbesitz des berechtigten Führers ebensowenig, wie diese Erkundigung eine Obliegenheit darstellt, und auch aus § 24 KraftG. ist im Verhältnis zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer eine solche Pflicht nicht herzuleiten. Die „Pflicht“ des Versicherungsnehmers, um die es sich hier handelt, gründet sich vielmehr dem Versicherer gegenüber nur darauf, daß derjenige, der als Versicherungsnehmer Versicherungsschutz aus dem Vertrage begehren will, auch seinerseits von vornherein alles unterlassen muß, was den Eintritt des Versicherungsfalles erleichtern könnte, m. a. W. es ergibt sich eine Pflicht, nicht selbst durch sein eigenes Verhalten eine Gefahrerhöhung herbeizuführen. Letztere wird vermutet, wenn jemand, der sich nicht im Besitz eines vorschriftsmäßigen Führerscheins befindet, den Wagen lenkt. Diesem Zwecke dient es, daß der Führerscheinbesitz des berechtigten Führers zur Voraussetzung des Versicherungsschutzes erhoben ist. Zu einer gleichwertigen Voraussetzung ist aber der entschuldbare Irrtum des Versicherungsnehmers hierüber erhoben. Daraus folgt: wer seinerseits Versicherungsschutz begehren will, muß sich um diese Führerscheininhaberschaft kümmern, andernfalls kann er eben schon nach Treu und Glauben keinen Versicherungsschutz verlangen. Hieraus allein leitet sich die Erkundigungspflicht des Versicherungsnehmers im Verhältnis zum Versicherer ab. Ihre Erfüllung bildet also lediglich eine Voraussetzung für seinen Anspruch auf Versicherungsschutz. Damit ergibt sich auch ihr Inhalt und ihre Begrenzung: Wer sich so viel um den Führerscheinbesitz des berechtigten Führers gekümmert hat, wie man das mit Rücksicht auf die erwähnten Belange des Versicherers vernünftigerweise nach der Verkehrsanschauung von ihm erwarten konnte, dem soll es für die Geltendmachung seines Versicherungsanspruchs nicht schaden, wenn sein Irrtum bei Erfüllung der objektiv strengsten Anforderungen vielleicht vermeidbar gewesen wäre.

So betrachtet, beruhen die Ausführungen des BG. auf zwei rechtsirrigen Vorstellungen, nämlich auf der Verkennung der rechtlichen Grundlage und damit des Inhalts und Umfangs der Erkundigungspflicht des Versicherungsnehmers und weiter auf der Verkennung des Begriffes: „entschuldbarerweise annehmen konnte“. Denn das OLG. geht von der rechtsirrigen Auffassung aus, es habe eine „Obliegenheit“ des Kl., wenn nicht gar eine Vertragspflicht, bestanden, sich den Führerschein von N. vorlegen zu lassen, sofern nicht besondere Umstände es rechtfertigten, ihn ohne solchen Nachweis an das Steuer des Wagens zu lassen; derartige Umstände hätten aber nicht vorgelegen. Richtig gesehen kann indes der Kl. Versicherungsschutz schlechthin dann verlangen, wenn er eben „entschuldbarerweise annehmen konnte“, N. sei Inhaber eines vorschriftsmäßigen Führerscheins; und er „konnte dies entschuldbarerweise dann annehmen“, wenn Umstände vorlagen, unter denen er sich nach der allgemeinen Verkehrsanschauung billigerweise mit der von ihm vorgenommenen Erkundigung begnügen durfte.

Der BerR. hat die Umstände, aus denen der Kl. nach seiner Behauptung der Versicherung N.s, er sei im Besitz eines Führerscheins, Glauben schenkte und schenken durfte, ja auch diese Versicherung des Genannten selbst nicht festgestellt, sondern nur unterstellt. Er hat bei der Würdigung dieser von ihm unterstellten Umstände verkannt, daß es sich nicht darum

handelte, ob sie den Kl. zu dem Schluß berechtigten, daß N. einen Führerschein besitze, wie das BG. irrig meint, sondern darum, ob der Kl., wenn er diese Umstände teils selbst kannte, teils in ihrer Richtigkeit zu bezweifeln keinen Anlaß hatte, der klaren Versicherung des N., er sei im Besitz eines Führerscheins, Glauben schenken durfte. Der BerR. wird nunmehr auf der Grundlage der vorstehenden rechtlichen Ausführungen nach erneuter mündlicher Verhandlung Feststellungen über das treffen müssen, was er bisher unterstellt hat. Das gilt auch von der Persönlichkeit des Ingenieurs N. und den bei ihm gegebenen besonderen Umständen, wie sie sich dem Kl. nach seiner Auffassung darstellten und darstellen konnten. Erst auf der so gewonnenen tatsächlichen Grundlage wird der BerR. prüfen können, ob der Kl. i. S. von § 3 Nr. 2 AVB. entschuldbarerweise annehmen konnte, daß N. im Besitze eines vorschriftsmäßigen Führerscheins sei.

Die Bekl. hat nach dem Tatbestande des angef. Urteils hinsichtlich der Ansprüche aus Unfallversicherung weiter eingewendet, der Versicherte habe den Unfall i. S. des § 15 II Nr. 1 AVB. „bei der Ausführung ... eines Vergehens" erlitten. Das Vergehen findet sie in der Verwirklichung des Tatbestandes des § 24 Abs. 2 KraftfG.; deshalb sei dieser Unfall von der Versicherung ausgeschlossen. Wenn das BG. im übrigen unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen zu dem Ergebnis gelangen sollte, daß der Anspruch auf Versicherungsschutz, was § 3 Nr. 2 AVB. betrifft, begründet sei, so wird es sich hinsichtlich der Ansprüche aus der Unfallversicherung mit dieser Einwendung befassen müssen. Es wird dabei die von dem erk. Sen. im Urt. v. 28. Jan. 1938, VII 139/37, teilweise abgedruckt SeuffArch. 92, 135 Nr. 53, dargelegten Grundsätze zu beachten haben. Unter der gleichen Voraussetzung wird auch die Berufung der Bekl. auf § 61 VVG. hinsichtlich der Kaskoversicherung zu erörtern sein.

(RG., VII. ZivSen., U. v. 25. Okt. 1938, VII 75/38.)

*

**** 11. RG. — §§ 320 ff., 723, 726 BGB. Auch der Filmherstellungs- und -verwertungsvertrag mit erheblichem gesellschaftlichem Einschlag untersteht grundsätzlich den Vorschriften der §§ 320 ff. BGB. Bei einem solchen Vertrage kann das gesellschaftsähnliche Verhältnis zwischen den Parteien bereits so weit zur Ausführung gelangt sein, daß der Vertrag überhaupt nur noch auf Grund des § 723 BGB. aus wichtigem Grunde gekündigt, aber nicht mehr auf Grund der §§ 325, 326 BGB. rückwirkend aufgehoben werden kann. Ob und inwieweit auf einen solchen Vertrag Vorschriften aus anderen Rechtsgebieten — wie z. B. aus dem patentrechtlichen Lizenzrecht — entsprechend angewandt werden können, hängt stets von den besonderen Umständen des Einzelfalls ab. Zum Umfang einer vereinbarten Mitwirkungspflicht am Zensurverfahren.**

I. Das KG. sieht die rechtliche Beziehung, die der Vertrag v. 31. März und der Vergleich v. 23. Okt. 1936 zwischen den Parteien begründet haben, als einen Filmherstellungs- und Verwertungsvertrag, und zwar als einen gemischten gegenseitigen Vertrag an, der sich aus werkvertraglichen und gesellschaftlichen Bestandteilen zusammensetze, wobei die werkvertraglichen die entscheidenden seien. Es ist der Rev. der Kl. zuzugeben, daß dieser Beurteilung nicht in vollem Umfange gefolgt werden kann. Zwar liegt ein gemischter gegenseitiger Vertrag vor. Es läßt sich aber nicht sagen, daß er werkvertraglichen oder gar überwiegend werkvertraglichen Charakter habe. In erster Linie handelt es sich um einen Filmverwertungs- (Lizenz- oder Monopol-) Vertrag zwischen der Herstellerin und der Verleiherin des Films im Sinne der Entsch. RGZ. 106, 362 = JW. 1923, 992; RGZ. 118, 290 = JW. 1928, 356[20] m. Anm.; RG.: MuW. 1928, 146. Die Bekl. erwarb als Herstellerin vor allem das Urheberrecht an dem unkörperlichen, in dem Filmnegativ nur veranschaulichten Werk. Aus diesem umfassenderen Rechte übertrug sie der Kl. zum Zwecke der gemeinsamen wirtschaftlichen Auswertung das sachlich, örtlich und zeitlich begrenztere Recht der ausschließlichen öffentlichen Vorführung und des ausschließlichen Vertriebs des Films in Deutschland auf die Dauer von fünf Jahren. Insofern liegt ein Vertrag eigener Art vor, der dem Rechtsgebilde der patentrechtlichen ausschließlichen Lizenz verwandt ist. Allerdings haben die Parteien auch ein gewisses Zusammenwirken zu gemeinsamem Ziele sowohl beim Herstellen wie beim Verwerten des Films vereinbart. Insoweit handelt es sich aber um einen gesellschaftlichen, nicht um einen werkvertraglichen Einschlag in dem Filmlizenzvertrag. Das Wesen des Vertrages besteht nicht darin, daß die Bekl. lediglich im Auftrage und für Rechnung der Kl. einen Arbeitserfolg herbeizuführen hatte. Sie erwarb vielmehr das Urheberrecht für sich und mußte die zur wirtschaftlichen Auswertung des Films in Deutschland erforderlichen Teilrechte erst eigens an die Kl. abtreten. Es ist auch anzunehmen, daß sie und nicht die Kl. Eigentümerin des Filmnegativs war und blieb. Bei der Herstellung des Films hatte sich zwar die Kl. einen starken Einfluß auf die Gestaltung des Drehbuches und die Auswahl der künstlerischen und technischen Kräfte gesichert und sich das Recht der Überwachung der Aufnahmen ausbedungen. Grundsätzlich war die Herstellung jedoch Sache der Bekl. Dabei wirkte sie zwar mit der Kl. zusammen, unterstand aber nicht einseitig deren Weisungen. Die Kl. beteiligte sich zwar mittelst der vorzeitigen Auszahlung erheblicher Teile der Garantiesumme wirtschaftlich in starkem Maße an den Herstellungskosten des Films. Es läßt sich aber nicht sagen, daß die Bekl. ihr einfach den Film gegen ein bestimmtes Entgelt geliefert hätte. Die Bekl. hatte zwar ausdrücklich das Zensurrisiko übernommen. Beide Parteien sollten aber gemeinschaftlich alles tun, um den Film durch die Zensur zu bringen. Der Abschluß und die Gestaltung der Verleihverträge waren zwar ausschließlich Sache der Kl. An den Erlösen aus den Verleihverträgen waren aber beide Parteien nach Abzug gewisser Unkosten zur Hälfte beteiligt. Sie hatten auch gemeinsam Reklame für den Film in den Fachzeitschriften zu machen. — Aus alledem ergibt sich, daß in den Filmlizenzvertrag starke Elemente aus anderen Rechtsverhältnissen eingegangen waren. Diese waren jedoch gesellschaftlicher, zum Teil auch partiarischer, nicht aber werkvertraglicher Art.

Der zum Teil abweichende Ausgangspunkt des KG. entzieht jedoch, entgegen dem Revisionsangriff, seiner übrigen rechtlichen Beurteilung im allgemeinen nicht den Boden. Auch der Filmherstellungs- und Verwertungsvertrag mit erheblichem gesellschaftlichem Einschlag untersteht, wie dies das KG. für den von ihm gemeinten Vertragstyp angenommen hatte, grundsätzlich den Vorschriften der §§ 320 ff. BGB. Insbes. ergibt sich für den im Vordergrund stehenden Klagegrund der vertraglichen Übernahme des Zensurrisikos durch die Bekl., die das KG. als eine Verpflichtung nach § 323 BGB. deutet, keine grundsätzlich abweichende rechtliche Beurteilung. Der gesellschaftliche Einschlag des Vertrages hindert die Geltendmachung der Rechtsbehelfe aus § 323 BGB. nicht; vor allem dann nicht, wenn ihre Geltendmachung vertraglich ausbedungen ist. Sie heben den Vertrag nicht in dem Sinne rückwirkend auf, daß sie nicht auch neben einem etwaigen Kündigungsrechte bestehen könnten. So hat die Rspr. des RG. auch den § 626 BGB., der für den Dienstvertrag ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde gibt, das dem in § 723 BGB. für die Gesellschaft gegebenen Kündigungsrechte verwandt ist, dahin ausgelegt, daß er zwar ein auf §§ 325, 326 BGB. gestütztes Rücktrittsrecht ausschließe, aber die Anwendung des § 323 BGB. unberührt lasse (RGZ. 92, 158 = JW. 1918, 261; RGZ. 105, 167; 92, 176). Überdies sieht der § 726 BGB. auch für das reine Gesellschaftsrecht vor, daß eine Gesellschaft endigt, wenn die Erreichung des vereinbarten Zwecks unmöglich geworden ist. — Für den Klagegrund des auf §§ 325, 326 BGB. gestützten Rücktritts vom Vertrage ist allerdings zu bedenken, daß ein erheblicher gesellschaftlicher Einschlag bei einem Lizenzvertrag im allgemeinen ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde in entsprechender Anwendung des § 723 BGB. gibt (vgl. für den patentrechtlichen Lizenzvertrag RGZ. 142, 215 = JW. 1934, 475[3] m. Anm.), und daß bei einem solchen Vertrage das gesellschaftliche Verhältnis zwischen den Parteien bereits so weit zur Ausführung gelangt sein kann, daß der Vertrag überhaupt nur noch auf Grund des § 723 BGB. aus wichtigem Grunde gekündigt, aber nicht mehr auf Grund der

§§ 325, 326 BGB. rückwirkend aufgehoben werden kann (zu vgl. RGZ. 78, 303 = JW. 1912, 533; RGZ. 81, 303 = JW. 1913, 486; RG.: JW. 1937, 2970[12]). Doch reichen die tatsächlichen Feststellungen des KG. aus, um die Sache auch unter diesem rechtlichen Gesichtspunkte würdigen zu können. — Für den schließlich geltend gemachten Klagegrund des Verzugsschadens ist der etwas abweichende rechtliche Ausgangspunkt des KG. ebenfalls ohne wesentliche Bedeutung.

II. (Aus den Ausführungen des RG. zum Klagegrund der vertraglichen Übernahme des Zensurrisikos [§ 323 BGB.]):

Die Rev. will die für Kauf und Pacht gegebenen Vorschriften über die Haftung für Sachmängel entsprechend angewendet wissen. Ebenso sei der für das Rechtsgebiet der patentrechtlichen ausschließlichen Lizenz geltende Grundsatz entsprechend anzuwenden, daß der Geber einer solchen Lizenz für die technische Ausführbarkeit der Erfindung hafte; die Zensurfähigkeit des Films entspreche rechtlich der technischen Ausführbarkeit der Erfindung. Mithin hafte der Filmhersteller dem Verleiher schon von Gesetzes wegen für die Zensurfähigkeit des Films. Die vertragliche Zensurklausel müsse daher mehr bedeuten. Sie bedeute, daß die Bekl. der Kl. für die Zensurfähigkeit des Films wie für eine zugesicherte Eigenschaft einstehen solle.

Diesen Ausführungen kann jedoch nicht gefolgt werden. Es ist schon unklar, wie sie mit der sonst von der Rev. vertretenen Auffassung zusammenstimmen sollen, die Zensurklausel bedeute, daß die Bekl. ein Zensurverbot (das erstmalig am 20. Nov. 1936 ergangen war und am 15. April 1937 bestätigt wurde; am 22. Juli 1937 wurde aber einem neuen Zulassungsantrag entsprochen) i. S. des § 325 BGB. zu vertreten habe. Vor allem aber lassen sich die von der Rev. gewünschten Entsprechungen nicht starr und allgemeinverbindlich auf den gesellschaftsähnlichen Filmherstellungs- und Monopolvertrag als solchen anwenden. Ein solcher Vertrag kann einen mannigfach verschiedenen Inhalt haben. Es hängt daher stets von den besonderen Umständen des Einzelfalls ab, ob und inwieweit Vorschriften aus anderen Rechtsgebieten entsprechend auf ihn angewendet werden können.

Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag kennzeichnet sich, auf das Merkmal der Zensurfähigkeit hin betrachtet, vor allem dadurch, daß die für die Zensurfähigkeit maßgebende inhaltliche und künstlerische Gestaltung des Films in starkem Maße ein Gemeinschaftswerk der Parteien war. Schon deswegen lassen sich die dem Kauf- und Pachtrecht eigentümlichen Sondervorschriften über Sachmängelhaftung, die auf die einseitige Gestaltung des Leistungsgegenstandes durch den Verkäufer oder Verpächter zugeschnitten sind, hier nicht entsprechend anwenden. Aus dem gleichen Grunde scheiden die dem Kaufrecht angehörigen Sondervorschriften über Rechtsmängelhaftung, insbes. der § 437 BGB., aus. Es kommt daher auch nicht darauf an, ob sich das Einstehen für die Zensurfähigkeit an sich mehr der Sachmängelhaftung (bezogen auf die künstlerische Beschaffenheit des im Negativ veranschaulichten Filmwerkes als eines unkörperlichen Wertgegenstandes) oder mehr der Rechtsmängelhaftung (bezogen auf das von dem staatlichen Zensurrecht unbehinderte Recht zur ausschließlichen Vorführung und zum ausschließlichen Vertrieb des Filmes) vergleichen ließe oder unter beiden Gesichtspunkten betrachtet werden könnte (zu vgl. RGZ. 82, 158 = JW. 1913, 861).

Ebenso versagt bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag die von der Rev. behauptete Analogie mit der Haftung für die technische Ausführbarkeit einer Erfindung bei einem patentrechtlichen ausschließlichen Lizenzvertrag. Vergleichbar wäre an sich nur die ausschließliche Lizenz an einer Erfindung, für die ein Patent noch nicht erteilt ist. Auch hier kann unter dem doppelten Gesichtspunkte gefragt werden, ob der Lizenzgeber dafür hafte, daß das Patentrecht erteilt werde oder (und) dafür, daß die Erfindung so beschaffen sei, daß sie patentiert werden könne, unter anderem also technisch ausführbar sei. Die Rspr. nimmt an, daß der Geber einer patentrechtlichen ausschließlichen Lizenz für die technische Ausführbarkeit der Erfindung ohne weiteres, für die Erteilung des Patentes in der Regel hafte, wenn es auch in der letzteren Beziehung auf die Umstände des Einzelfalles ankomme. Das alles läßt sich jedoch keineswegs ohne weiteres auf das Einstehen für die Zensurfähigkeit des Films im Rahmen des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages übertragen. Der Geber einer patentrechtlichen ausschließlichen Lizenz gestaltet die sachliche Unterlage für die Entsch. des PatA., die Erfindung, ganz allein und kann sie so gestalten, daß das Patent erteilt werden muß, weil die Erteilungsbehörde an genau bestimmte Voraussetzungen gebunden ist und höchstens in der Frage der Erfindungshöhe einen gewissen, aber nicht sehr weitgehenden Ermessensspielraum hat. Im Rahmen des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages haben aber die Parteien **gemeinsam** die sachliche Unterlage für die Entsch. der Zensurbehörde, d. h. den Inhalt und den Kunstwert des Films, gestaltet und hätte übrigens der Hersteller selbst dann, wenn er ganz allein den Film zu schaffen gehabt hätte, keineswegs mit der dem Erfinder möglichen Sicherheit die Entsch. der Prüfbehörde vorauszubestimmen vermocht, da die Zensurbehörde nur an viel allgemeiner gefaßte Voraussetzungen gebunden ist und in sehr weiten Ermessensgrenzen handeln kann und muß. Die Verhältnisse liegen daher zu verschieden, als daß die für die patentrechtliche ausschließliche Lizenz geltenden Grundsätze einfach übernommen werden könnten.

Das KG. hat vielmehr recht daran getan, wenn es den Vertrag und die Zensurklausel ohne Anleihen bei anderen Rechtsgebieten, lediglich im Rahmen der für gemischte gegenseitige Verträge allgemein geltenden Vorschriften der §§ 320 ff. BGB. aus sich selbst heraus ausgelegt hat.

Auch die weitere Annahme des KG., die Parteien seien verpflichtet gewesen, ungeachtet anfänglicher Verbote alles zu tun, um den Film schließlich doch durch die Zensur zu bringen, läßt sich rechtlich nicht beanstanden. Was die Dauer dieser Mitwirkungspflicht am Zensurverfahren angeht, so ist jedenfalls **die** Auffassung des KG. völlig unbedenklich, daß von einem Unmöglichwerden der Leistung der Bekl. sicher so lange nicht gesprochen werden könne, als nicht sämtliche ordentlichen Rechtsmittel des Prüfverfahrens erschöpft gewesen seien. Die Frage ist jedoch die, und von ihrer Beantwortung hängt die Entsch. des Rechtsstreits wesentlich ab, ob im Sinne der Zensurklausel die Leistung der Bekl. nicht wenigstens mit dem zweiten, endgültig ablehnenden Bescheid der Filmprüfstelle v. 15. April 1937 unmöglich geworden war, da nunmehr die ordentlichen Rechtsmittel gegen das Verbot erschöpft, seine Aufhebung aller Wahrscheinlichkeit nach nicht mehr zu erwarten, jedenfalls nicht mehr abzusehen war, außerdem bald darauf gegen die Bekl. das Ausgleichsverfahren eröffnet wurde und die Filmverleihverträge, die die Kl. mit den Lichtspieltheaterbesitzern abgeschlossen hatte, in nicht zu ferner Zeit abliefen. Es läßt sich die Möglichkeit denken, den gegebenen Sachverhalt dahin zu würdigen, daß nach der Willensmeinung der Parteien eine solche Sachlage die Leistung der Bekl. als endgültig unmöglich geworden erweisen und die Zensurklausel in Lauf setzen sollte. Von einer solchen tatsächlichen Würdigung des Vertragswillens aus wäre allerdings — das ist der Rev. zuzugeben — bei der Prüfung der Frage, ob mit dem anscheinend endgültigen Zensurverbot die Leistung der Bekl. im Rechtssinne endgültig oder nur einstweilig unmöglich geworden sei, von demjenigen Zeitpunkte auszugehen, in dem das Zensurverbot sich als praktisch endgültig darstellte, und nicht von demjenigen, in dem sich nachträglich wider Erwarten ergab, daß es doch nicht endgültig gewesen war. Das gilt besonders dann, wenn dem Gläubiger bereits zu jenem ersten Zeitpunkte daran gelegen sein mußte, die Verhältnisse bald endgültig zu klären (RGZ. 5, 279; 42, 115; RG.: JW. 1927, 1363[14]). Wären hier infolge einer einmal eingetretenen endgültigen Unmöglichkeit der Leistung die ursprünglichen Vertragsbeziehungen erloschen gewesen, so hätten sie durch das spätere unerwartete Wiedermöglichwerden der Leistung der Bekl. nicht wieder aufleben können. Es wäre vielmehr nur zu prüfen gewesen, ob etwa nachbleibende Wirkungen aus dem früheren Vertragsverhältnis die Kl. nach Treu und Glauben zu einem bestimmten Verhalten oder zum Abschluß einer neuen den Verhältnissen angepaßten Vereinbarung verpflichtet hätten und welches Rechtsverhältnis durch

die tatsächliche Auswertung des Films nach seiner Zulassung v. 22. Juli 1937 zwischen den Parteien begründet worden war. Gegebenenfalls wäre hier auch der Aufrechnungseinwand zu prüfen gewesen.

Nun hat aber das KG. — und das ist der Rev. entgegenzuhalten — tatsächlich eine andere Feststellung über den Vertragswillen der Parteien getroffen. Es stellt zu wiederholten Malen dem Sinne nach fest, nach dem Willen der Vertragschließenden hätte auch ein anscheinend endgültiges Verbot die vertragliche Bindung noch nicht sofort beendigen sollen. Vielmehr hätten die Parteien auch dann noch eine gewisse Zeit für den Fall gebunden bleiben sollen, daß eine bei der Eigenart des Filmprüfverfahrens immerhin nicht unmögliche spätere Zulassung des Films die Vertragsausführung noch ermöglichen werde. Diese Frist hätte so lange dauern sollen, als sich die Lieferung des Films infolge der verspäteten Zulassung nicht als eine andere als die vertragsmäßig geschuldete Leistung der Bekl. dargestellt hätte. — Diese tatsächliche Feststellung über den Vertragswillen bindet das RevG. Legt man sie zugrunde, dann ist in der Tat niemals im Sinne der Zensurabrede ein Zustand endgültiger Unmöglichkeit der Vertragserfüllung für die Bekl. eingetreten, es sei denn, daß die verspätete Zulassung des Films ihre Leistung im wesentlichen so verändert hätte, daß sie die Kl. nicht mehr als Vertragserfüllung anzunehmen brauchte.

Diese Auslegung des KG. muß bei der Eigenart des Rechtsverhältnisses, insbes. bei dem starken gesellschaftlichen Einschlag des Vertrages und dem Umstand, daß die Parteien gemeinschaftlich die Gestaltung des Films bestimmt hatten und daß ihnen gemeinschaftlich an seiner schließlichen Zulassung gelegen sein mußte, als möglich angesehen werden. Ebenso läßt sich dem KG. aus Rechtsgründen nicht entgegentreten, wenn es annimmt, eine Änderung der Verbotsentsch. der Prüfstellen sei auch noch möglich gewesen, nachdem die Antragsteller die ordentlichen Rechtsmittel erschöpft gehabt hätten. Daß dies der Fall war, hat der Verlauf des Prüfverfahrens gezeigt. Es läßt sich auch nicht sagen, daß die Auslegung des KG. die Übernahme des Zensurrisikos durch die Bekl. praktisch in ihrer Bedeutung so sehr aushöhle, daß sie mit dem Vertrage nicht mehr im Einklang stehe. Die Frist, innerhalb deren das KG. noch einen Zustand schwebender Bindung der Parteien auch nach einem anscheinend endgültigen Zensurverbot annimmt, ist angesichts des Saisoncharakters des Geschäfts praktisch nicht sehr groß. Sie hätte sich keinesfalls über den in den Verleihverträgen der Kl. festgesetzten Uraufführungstermin v. 31. Aug. 1937 hinaus erstrecken können. Demnach behält die Zensurklausel auch in der Auslegung des KG. sehr wohl ihre praktische Bedeutung.

(RG., I. ZivSen., U. v. 27. Sept. 1938, I 36/38.) [Ba.]

*

12. OLG. — § 455 BGB. Werden beim Kauf eines Kraftwagens unter Eigentumsvorbehalt die etwaigen Versicherungsansprüche aus einer vom Abzahlungskäufer abgeschlossenen Kaskoversicherung im voraus an den Eigentümerverkäufer abgetreten, so ist dieser verpflichtet, die Versicherungssumme zur Wiederherstellung des Kraftwagens zu verwenden.

Es ist davon auszugehen, daß die von der G.-VersGes. an die Eigentümerin (Verkäuferin) aus Anlaß des Schadensereignisses ausgezahlte Versicherungssumme für die Ausbesserung des beschädigten Lastwagens zu verwenden war. Dies ergibt sich grundsätzlich aus der allgemeinen Zweckbestimmung einer Kaskoversicherung, die Mittel für die Behebung von Sachschäden sicherzustellen. Diese Zweckbestimmung ist auch nicht auf Grund der zwischen Verkäufer und Käufer getroffenen Vereinbarungen geändert oder aufgehoben worden.

Zwar hat sich die Eigentümerin die Ansprüche des Käufers aus dem von ihm mit der VersGes. abgeschlossenen Versicherungsvertrage im voraus abtreten lassen. Aus dieser Abtretung kann aber die Eigentümerin nicht das Recht für sich herleiten, über die nunmehr auf Grund dieser Abtretung an sie ausgekehrte Versicherungssumme nach ihrem Belieben frei zu verfügen, insbes. sie auf rückständige oder gar künftig fällig werdende, von dem Käufer noch zu entrichtende Kaufpreisraten zu verrechnen. Aus den Versicherungsbedingungen ist vielmehr nach Sachlage und bei verständiger Würdigung des Zweckes einer Kaskoversicherung zu folgern, daß der Eigentümerin die Versicherungsansprüche nur zu dem Zweck übertragen worden sind, um ihr die Möglichkeit zu geben, die Verwendung der Versicherungssumme zu anderen als Ausbesserungszwecken durch den Käufer zu verhindern und sie notfalls selbst ihrer Bestimmung, nämlich der Bestreitung der Ausbesserungskosten, zuzuführen.

Die Richtigkeit dieser Auslegung wird dadurch bestätigt, daß in Ziff. 7 der am 1. Jan. 1938 in Kraft getretenen Einheitsbedingungen für den Verkauf von Kraftfahrzeugen zum Ausdruck gebracht worden ist, daß, wenn auch die Rechte aus der Kaskoversicherung vereinbarungsgemäß dem Verkäufer zustehen, die Versicherungsleistungen im vollen Umfange für die Wiederinstandsetzung des gekauften Fahrzeuges zu verwenden sind. Es ist anzunehmen, daß diese in den früheren Bedingungen nicht ausdrücklich enthaltene Bestimmung keine neue Verfügungsbeschränkung hinsichtlich der Versicherungsleistungen bedeutet, sondern lediglich den Grundsatz zum Ausdruck bringt, der auch schon vorher für den Verwendungszweck der Versicherungszahlungen Geltung hatte.

Ferner spricht für jene Auslegung die Tatsache, daß der Käufer, obwohl er noch gar nicht Eigentümer des Lastwagens war, vereinbarungsgemäß die Versicherung selbst auf seinen Namen beantragt und abgeschlossen hat, und daß darüber hinaus die von der Eigentümerin verauslagten Prämien der Kaufpreissumme zugeschlagen worden sind. Denn wenn der Käufer bei dieser Sach- und Rechtslage schon die Lasten und Pflichten aus dem Versicherungsvertrage übernommen hat, so müssen ihm in Ermangelung besonderer entgegenstehender Abreden auch die Vorteile daraus zufließen. Außerdem besteht angesichts des Umstandes, daß die Eigentümerin durch den Eigentumsvorbehalt schon gesichert war, kein Anlaß zu der Annahme, daß die Abtretung der Versicherungsansprüche zusätzlich demselben Zweck dienen sollte. Die Meinung der Bekl., die Versicherungssumme habe doch das Surrogat für das ihr vorbehaltene Eigentum darstellen sollen, trifft nur für den Fall der Reparaturunwürdigkeit zu. In allen anderen Fällen diente jener Betrag dem Zweck, den im Eigentum der Bekl. verbliebenen Wagen wieder so herzustellen, daß die Bekl. wieder in ihm eine angemessene Sicherheit für ihre Restforderungen fand, daß aber der Käufer wieder damit verdienen und auf diese Weise seinen Verpflichtungen nachkommen konnte. Daß der Käufer vertraglich verpflichtet war, notwendig werdende Ausbesserungsarbeiten auf seine Rechnung ausführen zu lassen, steht dieser Auslegung nicht entgegen, sondern spricht eher für sie. Gerade weil er sich hierzu verpflichtet hatte, sollte er auch auf alle Fälle in die Lage versetzt werden, dieser Verpflichtung nachzukommen, wenn diese Verpflichtung nicht von vornherein bedeutungslos, zumindest ihre Einhaltung in Frage gestellt sein sollte. Aus diesem Grunde war der Käufer auf Grund der Kaufvertragsbedingungen gleichzeitig gehalten, eine Kaskoversicherung mit der VersGes. abzuschließen. Die Reparatur ging praktisch auf seine Rechnung, wenn sie von der Versicherung bezahlt wurde, mit deren Prämien er belastet wurde. Eine andere Bedeutung kann den zwischen den Bekl. getroffenen Vereinbarungen nicht beigelegt werden.

Hätte die Abtretung der Versicherungsansprüche an die Eigentümerin dieser die freie Verfügung über die Versicherungssumme verschaffen sollen, so hätte dies im Hinblick auf die im übrigen von dem Käufer übernommenen Verpflichtungen auf jeden Fall deutlich ausgesprochen werden müssen. Dieses Erfordernis wäre unumgänglich gewesen, weil eine derartige uneingeschränkte Abtretung der Ansprüche aus einer Kaskoversicherung für den Abzahlungskäufer schwerwiegende Folgen hat. Wer auf Raten unter Eigentumsvorbehalt des Verkäufers einen Lastwagen erwirbt, verfügt in der Regel über keine nennenswerten finanziellen Reserven, ist daher auch nicht in der Lage, große Reparaturkosten aufbringen zu können. Er kann sich seiner Verpflichtung, solche Kosten aus eigenen Mitteln zu zahlen, nur durch Eingehung einer Kaskoversicherung entledigen. Wenn dann aber im Schadensfalle die Entschädigungssumme vom Verkäufer für andere Forderungen in Anspruch genommen werden kann, bedeutet das für den Käufer die Unmöglichkeit, den Wagen zu reparieren und weiter zu verwenden und damit den Verlust seiner Existenz. Daher könnte nur bei eindeutiger Klarlegung des Standpunktes der Eigentümerin in den Bedingungen bis zu einem gewissen Grade vermieden werden, daß der Versicherungsnehmer Entschlüsse faßt, deren Tragweite er zunächst gar nicht übersieht. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob derartige Abmachungen unter den gegebenen Umständen nicht überhaupt gegen die guten Sitten verstoßen und den Grundsätzen der nationalsozialistischen Wirtschaftspolitik widersprechen.

(OLG. Hamburg, Urt. v. 3. Nov. 1938, 3 U 170/38.)

*

13. OLG. — § 826 BGB. Erfährt das uneheliche Kind nach Erlaß des Unterhaltsurteils, daß während der Empfängniszeit außer dem Bekl. auch ein anderer der Mutter beigewohnt hat, so bedeutet die weitere Vollstreckung des Urteils noch keinen Verstoß gegen die guten Sitten, der eine Unterlassungsklage rechtfertigt.

Durch rechtskräftiges Urteil ist festgestellt worden, daß der Kl. der außereheliche Vater der Bekl. ist. Er ist zugleich zur Zahlung von 90 RM Unterhalt im Vierteljahr verurteilt worden. Der Kl. hatte in diesem Rechtsstreite eingewandt, daß die Mutter der Bekl. während der Empfängniszeit auch mit ihrem Stiefvater geschlechtlich verkehrt habe. Beide hatten dies geleugnet, waren jedoch nicht vereidigt worden.

Der Kl. will jetzt auf Verurteilung zur Unterlassung der Zwangsvollstreckung aus dem vorgenannten Urteile klagen und erbittet dazu das Armenrecht. Er trägt vor, daß die Mutter der Bekl. und der Stiefvater inzwischen wegen Blutschande verurteilt seien und eingestanden hätten, in der Zeit, in welcher der Kl. mit der Mutter geschlechtlich verkehrt habe, miteinander geschlechtlich verkehrt zu haben. Es verstoße gegen die guten Sitten, von einem Urteile Gebrauch zu machen, von dem man wisse, daß es bei wahrheitsgemäßer Aussage der Zeugen nicht ergangen wäre.

Das LG. hat mit Recht das Armenrecht wegen Aussichtslosigkeit der beabsichtigten Rechtsverfolgung versagt. Daß das Urteil von dem gesetzlichen Vertreter der Bekl. irgendwie erschlichen sei, behauptet der Kl. selbst nicht. Wenn die Bekl. trotz Kenntnis der neu zutage getretenen Umstände von dem Urteile Gebrauch macht, so liegt darin noch kein Verstoß gegen die guten Sitten. Wäre dem seinerzeit erkennenden Gerichte der tatsächlich erfolgte Geschlechtsverkehr zwischen der Mutter der Bekl. und deren Stiefvater bekannt gewesen, bestände allerdings die Möglichkeit, daß der Kl. wegen der Bestimmung in § 1717 Abs. 1 BGB. nicht verurteilt worden wäre, wenn nämlich der Beweis, daß der Stiefvater den Umständen nach unmöglich der Vater sein kann, nicht geglückt wäre. Es mag aber unterstellt werden, daß die heute noch mögliche Beweiserhebung zu dem Ergebnis geführt hätte, daß der Stiefvater der Bekl. als deren Erzeuger nicht ausgeschlossen werden kann, daß also die Klage abgewiesen worden wäre. Selbst dann verstößt es noch nicht gegen die guten Sitten, wenn die Bekl. von dem Urteile Gebrauch macht. Wenn in den Fällen, in denen der Mutter während der Empfängniszeit mehrere Männer beigewohnt haben, von denen keiner als Erzeuger ausgeschlossen werden kann, nach § 1717 BGB. keiner dieser Männer als Vater des Kindes in Anspruch genommen werden kann, so hat der Gesetzgeber diese Regelung getroffen, weil er seinerzeit es für zweckmäßig hielt, das restlos befriedigend nicht zu lösende Problem der Unterhaltsansprüche zu Lasten des Kindes zu erledigen. Keineswegs ist damit zum Ausdruck gebracht, daß es sittenwidrig ist, von einem Manne Unterhalt zu fordern, der den Umständen nach der Vater sein kann, aber doch nicht mit Sicherheit als solcher angesehen werden kann. Es ist im Gegenteil stets in weiten Kreisen als nicht der Moral entsprechend angesehen worden, wenn ein Mann in solcher Lage sich frei aller Verbindlichkeiten fühlt, und der Gesetzgeber befaßt sich fortgesetzt mit der Frage, ob die im § 1717 BGB. enthaltene Regelung zu ändern ist. Es kann deshalb auch nicht als ein Verstoß gegen die guten Sitten angesehen werden, wenn die Bekl. gegenüber dem Kl., der ihr Vater sein kann, von dem Unterhaltsurteile Gebrauch macht. Von einem solchen Verstoße könnte nur dann die Rede sein, wenn die Bekl. wüßte, daß der Kl. unmöglich ihr Vater sein kann. Diese Unmöglichkeit nachzuweisen, war aber bereits im Vorprozesse die Aufgabe des jetzigen Kl., und er hat den Beweis nicht erbringen können.

(OLG. Hamburg, Beschl. v. 8. Nov. 1938, 3 W 163/38.)

*

14. RG. — §§ 1163, 1172 Abs. 1, 1177 Abs. 1, 741 ff. BGB. Steht eine Gesamthypothek an zwei ideellen Grundstückshälften gemäß den §§ 1172 Abs. 1, 1163, 1177 Abs. 1 BGB. den Eigentümern gemeinschaftlich als Eigentümergrundschuld zu, so bilden sie eine Gemeinschaft nach Bruchteilen, auf die die §§ 741 ff. BGB. Anwendung finden. — Entspricht die vom VersteigGer. vorgenommene Verteilung des auf die Eigentümergrundschuld entfallenden Teils des Versteigerungserlöses der dinglichen Rechtslage, so kann trotzdem nach der ständigen Rspr. des RG. der Widerspruch eines der Eigentümer gegen die Verteilung auf entsprechende schuldrechtliche Beziehungen gestützt werden.

Durch Gesellschaftsvertrag v. 20. Juli 1929 gründeten der Kl. und der Bekl. die Schamotte- und Tonwarenfabrik Peter G. & Co. GmbH. in E. Der Kl. und der Bekl. waren die einzigen Gesellschafter. Das Stammkapital betrug 50 000 RM, worauf der Kl. eine Stammeinlage von 45 000 RM, der Bekl. eine solche von 5000 RM übernahmen. Das Fabrikgebäude ist auf Grundstücken errichtet, welche der Kl. und der Bekl. im Jahre 1929 je zur ideellen Hälfte als Eigentümer erworben haben. Diese Grundstücke wurden sodann im Jahre 1930 zu der Parzelle Fl. VII Nr. 700 unter der Bezeichnung Schamottefabrik mit Hofraum Haus Nr. 12 vereinigt. Eine Übertragung des Grundstückseigentums auf die GmbH. hat nicht stattgefunden. Am 6. August 1930 wurde auf dem Grundstück eine Briefhypothek von 115 000 GM. zugunsten des Kaufmanns P. in B. für ein angebliches Darlehen eingetragen. Diese Hypothek ist aber von P. nicht erworben worden, da er das Darlehen nicht gewährt hat. Darauf haben der Kl. und der Bekl. einen Teilbetrag von 70 000 GM. der so entstandenen Eigentümergrundschuld unter Umwandlung in eine Hypothek mit dem Vorrang vor dem Restbetrag laut Grundbucheintrag v. 10. Febr. 1931 an die H.sche Landesbank in D. abgetreten. Im Jahre 1933 wurden von den Eigentümern 22 000 RM an die H.sche Landesbank zurückgezahlt. Von der hierdurch entstandenen Eigentümergrundschuld ist der Teilbetrag von 20 000 GM. an die Volksbank in B. abgetreten worden, so daß eine Eigentümergrundschuld von 22000 GM. verblieb.

Von der nicht an die H.sche Landesbank abgetretenen restlichen Eigentümergrundschuld von 45 000 GM. ist laut Grundbucheintrag v. 22. Juni 1933 ein Teilbetrag von 14 000 GM. an Helene und Marie R. in B. abgetreten worden, so daß eine Eigentümergrundschuld von 31 000 GM. verblieb.

Nachdem in notarieller Urkunde v. 11. Febr. 1931 der Bekl. von den ihm an dem Grundstück zustehenden $^{5}/_{10}$ ideellen Eigentumsanteilen $^{4}/_{10}$ an den Kl. aufgelassen hatte, wurden diese $^{4}/_{10}$ Anteile am 6. Okt. 1934 auf den Kl. im Grundbuch umgeschrieben, so daß nunmehr das Grundstückseigentum zu $^{9}/_{10}$ ideellen Anteilen dem Kl. und zu $^{1}/_{10}$ ideellem Anteil dem Bekl. zustand.

Demnächst wurde das Zwangsversteigerungsverfahren über das Grundstück angeordnet. Der Zuschlag wurde dem Bekl. erteilt. In dem Verteilungstermin kamen die den Eigentümern verbliebenen Eigentümergrundschulden von 2000 und 31 000 GM. mit 2113 RM und 32 746,33 RM zur Hebung. Die Beträge wurden dem Bekl. je zur Hälfte zugeteilt. Der Kl. erhob insoweit Widerspruch, als dem Bekl. mehr als je $^{1}/_{10}$ zugeteilt wurde. Infolgedessen wurden die streitigen Beträge von 845,20 RM und 13 098,53 RM hinterlegt.

Mit der Klage verfolgt der Kl. seinen Widerspruch, den er wie folgt begründet hat.

Mit dem Erwerb der weiteren $^{4}/_{10}$ ideellen Eigentumsanteile habe er auch die entsprechenden Anteile an den Eigentümergrundschulden mit dinglicher Wirkung erworben. Zum mindesten sei der Bekl. schuldrechtlich verpflichtet gewesen, von den ihm zustehenden $^{5}/_{10}$ Anteilen an den Eigentümergrundschulden $^{4}/_{10}$ Anteile auf den Kl. zu übertragen. Denn unter den Parteien sei schon bei Gründung der GmbH. verabredet worden, daß sämtliche Vermögenswerte entsprechend dem Beteiligungsverhältnisse an dem Stammkapital der Gesellschaft zu $^{9}/_{10}$ dem Kl. und zu $^{1}/_{10}$ dem Bekl. zustehen sollten. Das Grundstück sei im Verhältnis unter den Parteien wirtschaftlich als zum Geschäftsvermögen gehörig anzusehen. Man habe nur deshalb von der Übereignung an die GmbH. Abstand genommen, um Kosten zu sparen. Infolgedessen habe man durch die notarielle Auflassung v. 11. Febr. 1931 die Eigentumsverhältnisse an dem Grundstück gemäß dem Beteiligungsverhältnis der Parteien an der GmbH. geregelt. Die Absicht der Parteien sei dahin gegangen, den wirtschaftlichen Wert der Grundstücke zu $^{9}/_{10}$ dem Kl. und $^{1}/_{10}$ dem Bekl. zuzuweisen. Man habe daher auch selbstverständlich die Eigentümergrundschulden in demselben Verhältnis unter die Parteien verteilen wollen, da ja andernfalls der erstrebte Zweck gar nicht erreicht worden wäre. Wenn dieser Wille der Parteien in der notariellen Urkunde v. 11. Febr. 1931 nicht zum Ausdruck gekommen sei, so sei der Formmangel doch nach § 313 S. 2 BGB. geheilt.

Der Kl. hat daher beantragt, festzustellen, daß sein Widerspruch gegen den Teilungsplan begründet sei und daß die hinterlegten Beträge ihm zustünden. Hilfsweise hat er

Verurteilung des Bekl. begehrt, in die Auszahlung der hinterlegten Beträge an den Kl. zu willigen.

Der Bekl. hat seinen Antrag auf Klageabweisung wie folgt begründet:

Durch die Eigentumsänderung hinsichtlich der ideellen Grundstücksanteile auf Grund der Auflassung v. 11. Febr. 1931 und der Eintragung v. 6. Okt. 1934 sei an den Gläubigerrechten der Parteien hinsichtlich der bestehenden Eigentümergrundschulden keine dingliche Änderung eingetreten. Eine Vereinbarung bzgl. der Grundschulden sei auch gelegentlich der Auflassung v. 11. Febr. 1931 weder ausdrücklich noch stillschweigend getroffen worden. An die Grundschulden habe man überhaupt nicht gedacht. Zu der Einwilligung in das Beteiligungsverhältnis am Stammkapital mit $^9/_{10}$ und $^1/_{10}$ habe sich der Bekl. nur unter dem Druck des Kl., der die finanzielle Abhängigkeit des Bekl. ausgenutzt habe, bereitfinden lassen. Nur unter diesem Druck habe er sich auch zu der Auflassungsverhandlung v. 11. Febr. 1931 verstanden. Er habe aber immer dem Kl. gegenüber erklärt, daß es sich um eine vorläufige Regelung handele, daß das wahre Beteiligungsverhältnis erst festgestellt werden müsse. Infolgedessen sei auch das Auflassungsprotokoll zunächst nicht beim GBA. eingereicht worden. Erst am 5. Okt. 1932 habe der Notar von sich aus die Urkunde eingereicht. Der Eintragungsantrag sei am 16. Aug. 1934 wegen Nichtzahlung der Grunderwerbssteuer abgelehnt worden. Erst als der Kl. ohne Wissen des Bekl. die Grunderwerbssteuer entrichtet habe, sei am 6. Okt. 1934 die Eigentumsänderung im Grundbuch verlautbart worden. Damals sei aber der Streit unter den Parteien über das Verhältnis der beiderseitigen Beteiligung an der GmbH. noch nicht geschlichtet gewesen. Vielmehr sei in der Gesellschafterversammlung v. 1. Sept. 1934 vereinbart worden, die beiderseitigen Einlagen und Ansprüche durch Bevollmächtigung, notfalls durch ein im Gesellschaftsvertrag vorgesehenes Schiedsgericht, feststellen zu lassen.

Während das LG. nach dem Hilfsantrag des Kl. erkannt hat, hat das OLG. die Klage abgewiesen.

Die Rev. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Zur Zeit der Eintragung der Hypothek von 115 000 GM. zugunsten des K. P. waren die beiden Streitteile Eigentümer des belasteten Grundstücks je zur ideellen Hälfte. Es handelte sich also um eine Gesamthypothek an den beiden ideellen Grundstückshälften (RGZ. 146, 363 = JW. 1935, 1689 [7]), die, weil die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist, gem. den §§ 1172 Abs. 1; 1163, 1177 Abs. 1 BGB. den Eigentümern gemeinschaftlich als Eigentümergrundschuld zustand. Über das Wesen dieser Gemeinschaft besteht im Schrifttum Streit. Das KG. hat in der vom OLG. angeführten Entsch. (JW. 1938, 230 [3]) mit eingehender Begründung, der sich der Senat anschließt, ausgeführt, daß es sich um eine Gemeinschaft nach Bruchteilen handelt, auf welche die Vorschriften der §§ 742 ff. BGB. Anwendung finden, mit der sich aus § 741 das. ergebenden Maßgabe. Die Bruchteile bestimmen sich gem. § 1172 Abs. 2 BGB. aus der Beteiligung am Grundstück ohne weiteres, wenn vorgehende Belastungen nicht vorhanden sind. Da diese Voraussetzung hier gegeben ist, so waren die Streitteile an der Eigentümergrundschuld zu je einhalb beteiligt. Auch als im Jahre 1933 von der an die H.sche Landesbank abgetretenen Hypothek von 70 000 GM. der Betrag von 22 000 *RM* zurückgezahlt wurde, waren die beiden Streitteile noch Grundstückseigentümer je zur ideellen Hälfte. An der durch die Rückzahlung entstandenen gemeinschaftlichen Eigentümergrundschuld waren sie daher ebenfalls je zur Hälfte berechtigt. Zutreffend geht das OLG. davon aus, daß das Beteiligungsverhältnis der Streitteile an den Eigentümergrundschulden dinglich nicht dadurch geändert worden ist, daß auf Grund der Auflassung v. 11. Febr. 1931 und der Eintragung v. 6. Okt. 1934 der Kl. Miteigentümer des belasteten Grundstücks zu $^9/_{10}$ ideellen Anteilen geworden ist, während der Bekl. nur Miteigentümer zu $^1/_{10}$ ideellen Anteil geblieben ist. Denn das Eigentum an dem belasteten Grundstück ist zwar entscheidend für die Frage, wem die Eigentümergrundschuld bei ihrer Entstehung zufällt, es ist aber für das weitere Schicksal dieses Rechtes ohne Bedeutung. Die von dem Versteigerungsgericht vorgenommene Verteilung des auf die Eigentümergrundschulden entfallenden Teils des Versteigerungserlöses entspricht somit der dinglichen Rechtslage.

Es kann sich daher nur fragen, ob zwischen den Streitteilen schuldrechtliche Beziehungen bestehen, die den Bekl. verpflichten, den ihm zugeteilten Erlösanteil dem Kl. in dem von diesem beanspruchten Umfange zu überlassen. Daß der Widerspruch auch auf ein derartiges schuldrechtliches Verhältnis gestützt werden kann, entspricht der ständigen Rspr. des RG. Der Kl. hat sich zur Begründung seines schuldrechtlichen Anspruchs gegen den Bekl. auf zwei Vorgänge berufen. Einmal auf die bei Gründung der GmbH. nach seiner Behauptung mit dem Bekl. getroffene Vereinbarung, daß sämtliche Vermögenswerte dem Kl. zu $^9/_{10}$ und dem Bekl. zu $^1/_{10}$ zustehen sollten; sodann auf die notarielle Verhandlung v. 11. Febr. 1931. Das OLG. hat sich nur mit der letzteren befaßt und geprüft, ob aus ihr unmittelbar oder im Wege ergänzender Vertragsauslegung sich eine schuldrechtliche Verpflichtung des Bekl. zur Übertragung der Anteile an den Grundschulden im Verhältnis der Auflassung der ideellen Eigentumsanteile auf den Kl. ergebe. Die notarielle Urkunde v. 11. Febr. 1931 enthält lediglich die dingliche Auflassung, irgendwelche schuldrechtliche Vereinbarungen sind in ihr nicht beurkundet. Daß für eine ergänzende Auslegung dieses rein abstrakten, dinglichen Rechtsgeschäfts kein Raum ist, hat das BG. zutreffend ausgeführt. Seine weiteren Erwägungen jedoch, daß es an einem der beurkundeten Auflassung zugrunde liegenden Kausalgeschäfte fehle, da der Kl. nicht bewiesen habe, daß neben der notariellen Verhandlung noch eine mündliche Abrede getroffen worden sei, geben zu durchgreifenden rechtlichen Bedenken Anlaß. Einmal hat das BG. verkannt, daß der Vertragswille der Parteien außer durch mündliche oder schriftliche Erklärungen auch durch schlüssige Handlungen zum Ausdruck gebracht werden kann. Sodann hat es nicht beachtet, daß jedem abstrakten dinglichen Rechtsakte ein Kausalgeschäft zugrunde zu liegen pflegt, da die Parteien mit der dinglichen Rechtsänderung einen bestimmten wirtschaftlichen Erfolg zu erstreben pflegen. Das OLG. wird daher die Vorgänge, die zu der Auflassungserklärung v. 11. Febr. 1931 geführt haben, namentlich unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Zweckes, den die Streitteile mit der Auflassung verfolgt haben, einer erneuten Erörterung zu unterziehen haben nach der Richtung hin, ob sich daraus nicht der stillschweigende Wille der Parteien ergibt, daß der Kl. an den Eigentümergrundschulden in demselben Verhältnis beteiligt sein sollte, wie an dem ihm durch die Auflassung v. 11. Febr. 1931 zugewiesenen Grundeigentum.

Zu Unrecht hat das BG. aber weiter auch die Vereinbarung, die nach der Behauptung des Kl. bei Gründung der GmbH. dahin getroffen worden sein soll, daß alle sich aus dem gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb ergebenden Vermögenswerte den Parteien im Verhältnis von $^9/_{10}$ zugunsten des Kl. und $^1/_{10}$ zugunsten des Bekl. zustehen sollten, außer Berücksichtigung gelassen. Diese Behauptung war vom Kl. schon zur Begründung der Klage aufgestellt worden. Die Erwägung des OLG., die wirkliche Beteiligung der Parteien sei schon lange streitig gewesen, ist nicht durchschlagend. War nicht nur eine vorläufige, sondern eine endgültige Vereinbarung getroffen, so konnte sie nicht schon durch das spätere einseitige Bestreiten des Bekl. wieder hinfällig werden, sondern es hätte dann einer Wiederaufhebung durch Vertrag bedurft. Das OLG. wird daher zu erörtern haben, ob eine feste Vereinbarung der Parteien über das Beteiligungsverhältnis i. S. der Behauptung des Kl. bei Gründung der GmbH. rechtswirksam zustande gekommen ist, und ob die Eigentümergrundschulden zu dem unter dieses Beteiligungsabkommen fallenden Vermögen zu rechnen sind. Bejahendenfalls bleibt dem Bekl. der Beweis offen, daß diese Vereinbarung später wieder aufgehoben worden ist.

(RG., V. ZivSen., U. v. 27. Okt. 1938, V 64/38.)

*

15. OLG. — § 1717 BGB.; § 256 ZPO. Für die Klage des im Unterhaltsstreit verurteilten außerehelichen Erzeugers auf Feststellung, daß das beklagte Kind blutmäßig nicht von ihm abstamme, bedarf es der Darlegung eines besonderen, über die Unterhaltsfrage hinausgehenden privaten Interesses des Erzeugers. Ein in Gründen öffentlich-rechtlicher Art wurzelndes Interesse an solcher Feststellung der blutmäßigen Abstammung besteht zwar in aller Regel für das uneheliche Kind gegenüber dem Erzeuger, nicht aber umgekehrt für den Erzeuger gegenüber dem Kind. An den Grundsätzen der Entsch. v. 22. Dez. 1937 (6 W 352/37 = JW. 1938, 678) wird festgehalten.

Der BeschwF. ist von der Antragsgegnerin als deren unehelicher Vater auf Zahlung von Unterhalt in Anspruch genommen und durch Urteil des AG. X. v. 19. Febr. 1930 zur Zahlung einer Unterhaltsrente von vierteljährlich 90 *RM* verurteilt worden. Er macht geltend, das Urteil sei unrichtig, die Kindesmutter habe entgegen ihrer beschworenen Aussage noch mit einem anderen Manne während der gesetzlichen Empfängniszeit verkehrt. Er will eine Klage auf Feststellung erheben, daß die Antragsgegnerin blutmäßig nicht von ihm abstamme, und bittet um Bewilligung des Armenrechts für diese Klage. Das LG. hat durch den angefochtenen Beschluß das Armenrecht wegen Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung versagt. Dagegen richtet sich die Beschw. Diese ist zulässig, aber nicht begründet. Der Antragsteller hat keinen Anspruch auf die von ihm begehrte Feststellung.

Der Senat schließt sich der herrschenden Rspr. (vgl. RG.: JW. 1938, 245; KG.: JW. 1938, 2290; OLG. Jena: AkadZ. 1938, 711) an, daß auch die blutmäßige Abstammung ein Rechtsverhältnis i. S. des § 256 ZPO. darstellt. Diese Bestimmung fordert jedoch weiter als Voraussetzung für die Erhebung einer Feststellungsklage das Vorhandensein eines rechtlichen Interesses an der alsbaldigen Feststellung. Der Senat ist der Meinung, daß ein solches Interesse an der Klärung der blutmäßigen Abstammung für den mit Erfolg auf Zahlung von Unterhalt in Anspruch genommenen unehelichen Vater zwar im einzelnen Falle bestehen kann, aber keinesfalls allgemein gegeben ist. Es bedarf vielmehr der Darlegung eines besonderen Interesses zivilrechtlicher oder auch öffentlich-rechtlicher Natur.

Der Senat berücksichtigt hierbei den Standpunkt, den das RG. in der Entsch. v. 14. Okt. 1937 (JW. 1938, 245) zu der Frage des Feststellungsinteresses, allerdings bei der Klage des unehelichen Kindes gegen den Vater, eingenommen hat. Ein privatrechtliches Interesse kann danach z. B. gegeben sein, wenn anzunehmen ist, daß ein Dritter, insbes. eine Behörde, ein Feststellungsurteil zum Anlaß von Maßnahmen nehmen würde, die im Interesse des Feststellungsklägers liegen. Weiter kann ein Feststellungsinteresse mit Rücksicht auf die Bestimmungen der §§ 1708 Abs. 3, 1719 BGB., § 6 EheG. v. 6. Juli 1938 und des § 25 RErbhofG. gegeben sein.

Die aus diesen Bestimmungen herzuleitenden Rechtsfolgen werden jedoch meist in ferner Zukunft liegen, so daß sie keinen Anlaß für eine Feststellungsklage bilden können. Unter diesen Gesichtspunkten hat der Antragsteller das Vorhandensein eines privaten Interesses an der Feststellung nicht dargelegt. Bei ihm erschöpft sich offensichtlich, wie erfahrungsgemäß in der Überzahl aller Fälle, in denen ein unehelicher Vater zur Zahlung von Unterhalt verurteilt ist, sein privates Interesse an der blutmäßigen Feststellung darin, mittelbar das Unterhaltsurteil selbst anzugreifen. Zu einem solchen Zwecke ist aber die Feststellungsklage weder bestimmt noch geeignet (vgl. KG.: JW. 1938, 2290). Der Vater muß, da er nach dem Klagevortrag keine Vermögensinteressen, sondern das Interesse an der Klärung der Abstammung zu verfolgen, angibt, ein über die Unterhaltsfrage hinausgehendes privates Interesse dartun können. Hinsichtlich der Frage, wann aus Gründen öffentlich-rechtlicher Art ein Interesse an der Feststellung der blutmäßigen Abstammung besteht, ist der Senat im Einklange mit der oben erwähnten Entscheidung des RG. der Meinung, daß ein solches Interesse für das uneheliche Kind stets gegeben ist. Denn für die Stellung jedes Deutschen zur Allgemeinheit und zum Staat ist, wie der Senat bereits in seiner Entsch. v. 22. Dez. 1937 (JW. 1938, 678) ausgesprochen hat, die Erforschung seiner blutmäßigen Voreltern von Bedeutung. Insbes. hat das uneheliche Kind im Hinblick auf die Ariergesetzgebung und die Grundsätze der Erbgesundheitspflege ein Interesse an der Feststellung seiner blutmäßigen Abstammung. Für die Klage des unehelichen Vaters hält der Senat aber an seinem in der Entsch. vom 22. Dez. 1937 aufgestellten Grundsatze fest, wonach im Regelfalle an der Feststellung der blutmäßigen Abstammung der Nachkommen kein rechtliches Interesse besteht. Denn an die Feststellung der wahren Abkömmlinge sind keine öffentlich-rechtlichen Folgen geknüpft. Nur in Ausnahmefällen, insbes. bei verschiedener Rassenzugehörigkeit der Parteien, könnte eine Feststellungsklage des unehelichen Vaters zugelassen werden. Die gegenteilige Ansicht würde eine hemmungslose Wiederaufrollung einer großen Anzahl von Prozessen ermöglichen, ohne daß der klagende uneheliche Vater den allein von ihm erstrebten praktischen Erfolg, die Beseitigung des Unterhaltsanspruchs, erreichen könnte. Gegenüber dieser Erwägung vermag der von Peter: JW. 1938, 1293 erhobene Einwand, das Recht habe die Aufgabe, möglichst in jedem Falle einen klaren erbbiologischen Familienaufbau schaffen zu helfen, nicht durchzugreifen. Auch in der amtlichen Begründung zu §§ 5 und 7 Ges. über die Änderung familienrechtlicher Vorschriften (DJ. 619), wird dargelegt, daß keineswegs in allen Fällen, in denen die blutmäßige Zugehörigkeit eines Kindes zu einer bestimmten Sippe in Zweifel gezogen wird, ein öffentliches Interesse an der Feststellung der wirklichen Abstammung besteht. Ein solches Interesse wird hier nur dann anerkannt, wenn eine Klärung der Abstammung aus erb- und rassepflegerischen Gründen notwendig ist.

Bei Anwendung der vorstehend entwickelten Grundsätze hat der BeschwF. kein rechtliches Interesse an der Erhebung der beabsichtigten Feststellungsklage dargelegt. Die Rechtsverfolgung bietet schon aus diesem Grunde keine hinreichende Aussicht auf Erfolg.

Zuzugeben ist dem BeschwF., daß Zweifel an seiner Vaterschaft bestehen können. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme im Unterhaltsprozesse wäre es wohl nicht unzweckmäßig gewesen, eine Blutgruppenuntersuchung anzuordnen. Dieser Mangel kann aber dem BeschwF. lediglich Veranlassung geben, in dem bereits anhängig gemachten Strafverfahren gegen die Kindesmutter wegen Meineides auf die nachträgliche Vornahme einer Blutgruppenuntersuchung hinzuwirken.

(OLG. Naumburg (S.), 6. ZivSen., Beschl. v. 21. Okt. 1938, 6 W 167/38.)

Ehegesetz

**** 16. RG. — § 40 EheG. v. 6. Juli 1938; § 203 BGB.**

War beim Inkrafttreten des EheG. eine Anfechtungsklage (§§ 1330 ff. BGB.) anhängig, so ist sie nunmehr als Aufhebungsklage zu behandeln unter Anwendung der entsprechenden Vorschriften des EheG. Insbes. ist statt der Sechsmonatsfrist des § 1339 Abs. 1 BGB. die Jahresfrist des § 40 EheG. maßgebend.

Die Parteien haben am 31. Mai 1935 die Ehe geschlossen. Seit September 1936 leben die Parteien getrennt.

Mit der am 5. April 1937 bei Gericht eingereichten, der Bekl. am 15. April 1937 zugestellten Klage hat der Kl. die Ehe angefochten, hilfsweise ihre Scheidung begehrt. Die Anfechtung der Ehe hat er damit begründet, daß die Bekl. hysterisch veranlagt sei, Charakterfehler habe und bei Eingehung der Ehe geschlechtlich nicht unbescholten gewesen sei. Sein Scheidungsbegehren hat er auf die §§ 1565, 1568 BGB. gestützt.

Das LG. hat die Anfechtungsklage als verspätet erhoben und die Scheidungsklage als sachlich nicht begründet abgewiesen. Die Berufung des Kl. blieb erfolglos.

Die Rev. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Das BG. führt aus, daß die sechsmonatige Anfechtungsfrist des § 1339 Abs. 1 BGB. nicht gewahrt sei, da der Kl. nach seinem Vorbringen in der Klage von den zur Begründung der Eheanfechtung geltend gemachten Tatsachen bereits am 5. Okt. 1936 Kenntnis erlangt habe und die Klage daher spätestens am 5. April 1937 hätte zugestellt werden müssen. Es verneint ferner, daß die Anfechtungsfrist gem. § 1339 Abs. 3 i. Verb. m. § 203 Abs. 2 BGB. deswegen gehemmt gewesen sei, weil der Anwalt des Kl. diesem eine falsche Auskunft über die Wahrung der Frist erteilt oder in der unrichtigen Annahme, die Einreichung der Klagschrift bei Gericht reiche zur Wahrung der Anfechtungsfrist aus, die Klage verspätet zugestellt habe; denn ein Verschulden des Prozeßbevollmächtigten oder Vertreters der Parteien schließe die Annahme höherer Gewalt i. S. des § 203 Abs. 2 BGB. aus.

Es entspricht der Rspr. des erk. Sen., daß auch im Falle des § 203 Abs. 2 BGB. die Partei sich in entsprechender Anwendung des § 232 Abs. 2 ZPO. ein Verschulden ihres Vertreters zurechnen lassen muß (WarnRspr. 1910 Nr. 415; 1917 Nr. 286; 1936 Nr. 40; JW. 1932, 1350[8]). Ob an dieser

Rspr. festzuhalten wäre, kann hier unerörtert bleiben, denn nach Erlaß des BU. ist das EheG. v. 6. Juli 1938 in Kraft getreten, das in § 40 Abs. 1 die Frist für die Erhebung der — an die Stelle der bisherigen Anfechtungsklage getretenen — Aufhebungsklage auf ein Jahr bemißt. Diese Vorschrift ist nach den §§ 84, 90, 93, 129 im vorliegenden Rechtsstreit, und zwar auch in der RevInst., anzuwenden. Die Vorschriften des § 91 des Ges. bestimmen insoweit nichts Abweichendes. Sie regeln nur die Frage, unter welchen Voraussetzungen trotz Ablaufs der bisherigen sechsmonatigen Anfechtungsfrist noch eine Aufhebungsklage erhoben werden kann, betreffen also nicht den Fall, daß beim Inkrafttreten des Gesetzes eine — nunmehr als Aufhebungsklage zu behandelnde — Anfechtungsklage bereits anhängig ist. Hier war die Klage, auch wenn davon ausgegangen wird, daß der Kl. bereits am 5. Okt. 1936 den Irrtum oder die arglistige Täuschung entdeckt hatte, mit der am 15. April 1937 erfolgten Klagzustellung rechtzeitig innerhalb der gem. § 90 Abs. 1 jetzt maßgebenden Jahresfrist des § 40 Abs. 1 erhoben. Aus diesem Grunde ist die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Zurückverweisung der Sache an das BG. geboten, das die vom Kl. geltend gemachten Aufhebungsgründe nunmehr sachlich zu prüfen und gegebenenfalls auch zu der vom Kl. hilfsweise erhobenen Scheidungsklage auf Grund der Vorschriften des EheG. v. 6. Juli 1938 anderweit Stellung zu nehmen haben wird.

(RG., IV. ZivSen., U. v. 20. Okt. 1938, IV 141/38.)

*

17. OLG. — § 80 EheG. Der Abschluß einer Unterhaltsvereinbarung im Eheprozeß löst für den ArmAnw. nicht eine Vergleichsgebühr aus. †)

Das LG. hat unter Abweisung der Widerklage auf die Klage geschieden und die Kosten dem Bekl. auferlegt. Mit der Berufung hat der Bekl. Abweisung der Klage und Scheidung auf die Widerklage begehrt. Vor dem BG. ist verhandelt worden mit folgendem Ergebnisse:

„Die Kl. erklärt, daß sie auf jeden Unterhalt und Kostenerstattungsansprüche gegen den Bekl. verzichtet. Der Bekl. nimmt diese Erklärung an und zieht die eingelegte Berufung unter Verzicht auf das Rechtsmittel zurück."

Der Armenanwalt der Kl. hat aus der Reichskasse die Erstattung einer Vergleichsgebühr nach dem Streitwerte der Scheidungsklage (2000 *RM*) erbeten. Der Urkundsbeamte hat sie versagt.

Die Erinnerung ist unbegründet.

Ein Vergleich setzt einen Streitgegenstand voraus, über den man sich mit zivilrechtlicher Wirkung vergleichen kann. In Ehesachen ist der Streitgegenstand einer vergleichsweisen Verfügung der Parteien entzogen; in Ehescheidungsprozessen ist daher für eine Vergleichsgebühr kein Raum. An dieser ständig vertretenen Rechtsansicht hält der Senat fest. Die neue Ehegesetzgebung ändert daran nichts, insbes. nicht die Vorschrift des § 80 EheG. über die Unterhaltsverträge. Die Fragen, ob die Parteien die Ehe durch Vereinbarung lösen, und ob sie für den Fall der Scheidung die Unterhaltspflicht vertraglich regeln können, sind durchaus verschieden.

Eine nach dem Streitwerte der Scheidungsklagen bemessene Vergleichsgebühr ist deshalb ausgeschlossen. Der Rechtsstreit konnte nur dadurch beendet werden, daß die Parteien die Klage und die Widerklage oder der Bekl. die Berufung zurücknahmen.

Zur Zurücknahme der Berufung hat sich der Bekl. nun allerdings offenbar deshalb entschlossen, weil die Kl. auf künftige Unterhaltsansprüche und auf Kostenerstattungsansprüche verzichtete; er hat aus diesem Grunde auch seinerseits auf die Kostenerstattungsansprüche verzichtet, die ihm bei erfolgreicher Berufung erwachsen konnten. Insofern liegt zwar ein gegenseitiges Nachgeben vor, das zu einem Vergleiche gehört. Das genügt aber aus den angeführten Gründen hier nicht, die Vergleichsgebühr wegen der Hauptsache zu begründen.

Aber auch wegen der Kosten ist die Vergleichsgebühr nicht erwachsen. Wenn in einem echten Vergleiche über einen der Verfügung der Parteien zugänglichen Streitgegenstand zugleich mit der Hauptsache die Kostenfrage geregelt wird, kommen die Kosten für die Vergleichsgebühr nicht in Betracht, da sie keinen Teil des Streitgegenstandes bilden. Das muß auch in den Fällen gelten, in denen ein echter Vergleich in der Hauptsache nicht vorliegt (Entsch. des Senats v. 2. März 1938, 4 U 381/37).

Unterhaltsforderungen können allerdings durch einen echten Vergleich erledigt werden. Insoweit fehlt es jedoch an einem gegenseitigen Nachgeben; es liegt nur ein Verzicht der Kl. vor für den Fall, daß der Bekl. die Berufung zurücknehmen werde. Die Unterhaltsansprüche sind auch nicht Gegenstand des Rechtsstreites, für den der Erinnerungsführer der Kl. als Armenanwalt beigeordnet worden ist. Eine besondere Ausdehnung der Beiordnung auf eine vergleichsweise Erledigung dieser Ansprüche ist nicht erfolgt; ihr hätte auch § 615 Abs. 2 ZPO. entgegengestanden.

(OLG. Hamburg, 1. ZivSen., Beschl. v. 20. Okt. 1938, 3 U 155/38.)

*

18. OLG. — § 80 EheG.; § 13 Ziff. 3 RAGebO. Nach Inkrafttreten des EheG. v. 6. Juli 1938 kann der Standpunkt, daß ein Vergleich in Ehesachen nur dann die Vergleichsgebühr auslösen könne, wenn ein solcher Vergleich der Fortführung der Ehe, also der Aussöhnung diene, nicht mehr aufrechterhalten werden. †)

Das LG. hat die Ehe geschieden und die Bekl. für den schuldigen Teil erklärt. Hiergegen hat die durch den die Erinnerung führenden Armenanwalt vertretene Bekl. Berufung eingelegt. Sie hat Widerklage erhoben mit dem Antrage, die Ehe auf die Widerklage hin zu scheiden und den Kl. für den allein schuldigen Teil zu erklären. Die Parteien haben sich sodann durch gerichtlichen Vergleich u. a. dahin verglichen, daß die Bekl. die Berufung einschließlich der Widerklage zurücknehme und daß der Kl. der Bekl. gegenüber auf jeglichen Unterhaltsanspruch und auf Erstattung irgendwelcher Kostenansprüche aus dem Ehestreite verzichte. Der Urkundsbeamte hat die vom Armenanwalt geforderte Vergleichsgebühr zu Unrecht abgesetzt.

Zwar hat der Kostensenat des hiesigen Bezirkes bislang mit einer weitverbreiteten Meinung (vgl. dazu Gelinsky-Meyer, „Armenanwaltskosten", 1936, S. 233) auf dem Standpunkt gestanden, daß ein Vergleich in Ehesachen nur dann die Vergleichsgebühr auslösen könne, wenn ein solcher Vergleich der Fortführung der Ehe, also der Aussöhnung diene. Dieser Standpunkt kann aber nach dem Inkrafttreten des EheG. v. 6. Juli 1938 (RGBl. I, 807) nicht mehr aufrechterhalten werden. Denn danach „können die Parteien über die Unterhaltspflicht für die Zeit nach Trennung der Ehe Vereinbarungen treffen. Ist eine Vereinbarung solcher Art vor Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils getroffen worden, so ist sie nicht schon deshalb nichtig, weil sie die Scheidung erleichtert oder ermöglicht hat; sie ist jedoch nichtig, wenn die Ehegatten im Zusammenhang mit der Vereinbarung einen nicht oder nicht mehr bestehenden Scheidungsgrund geltend gemacht hatten, oder wenn sich anderweitig aus dem Inhalt der Vereinbarung oder aus sonstigen Umständen des Falles ergibt, daß sie den guten Sitten widerspricht". Daß einer der zuletzt erwähnten Fälle die fragliche Vereinbarung im vorliegenden Falle nichtig machen könnte, ist nicht hervorgetreten. Es ist dies auch nicht anzunehmen, nachdem ein anderer Senat des OLG. den Vergleich zu gerichtlichem Protokoll genommen hat.

(OLG. Celle, 4. ZivSen., Beschl. v. 1. Nov. 1938, 7 U 1/38.)

Anmerkung zu 17 u. 18. I. Es ist nicht ohne Interesse, die vorstehenden Entsch. des OLG. Hamburg und des OLG. Celle in ihrer Gegensätzlichkeit zu betrachten. Beide befassen sich mit der Frage der Verquickung von Scheidungs- und Unterhaltsanspruch. In beiden Fällen ist von dem im ersten Rechtszuge für allein schuldig erklärten Ehegatten (einmal der Frau, einmal dem Mann) die Berufung gegen Verzicht des siegreichen Ehegatten auf Unterhaltsansprüche zurückgenommen worden.

Hierbei ist zunächst einmal zu dem Vergleichsbegriff zu sagen: Worin das beiderseitige Nachgeben besteht, ob es rechtlich gleichartige Werte sind, hinsichtlich deren die Parteien sich gegenseitig entgegenkommen, ist für den Vergleichscharakter ihrer Abreden belanglos. Es handelt sich hierbei ja nicht um eine Aufrechnung. Insofern verneint also OLG. Hamburg zu Unrecht einen Vergleich über die Unterhaltsforderung. Denn es kann — rein begrifflich — das Nachgeben des einen Ehegatten in der Aufgabe vermögensrechtlicher, des anderen Ehegatten in der Aufgabe verfahrensrechtlicher Vorteile (Rechtsposition) unmittelbar und damit materieller Rechte, wie des Scheidungsanspruchs oder gegenteilig der Abwehr eines solchen bestehen. Es sind deshalb durchaus keine rechtlichen Bedenken dagegen ersichtlich, wenn ein Verzicht auf Rechtsmittel bzw. eine Rücknahme des Rechtsmittels im Austausch mit Unterhaltsverzicht erklärt wird. Das ist ein echter Vergleich, was OLG. Celle mit Recht bejaht.

II. Eine ganz andere Frage ist die, ob ein solcher Vergleich von der Rechtsordnung gebilligt wird, oder ob er, weil scheidungserleichternd, für nichtig anzusehen ist. Hier hat in dankenswerter Weise das neue EheG. in § 80 weitgehend die bisherigen Zweifel klargestellt, indem es ausdrücklich die Regelung der Unterhaltspflicht auch für die Zeit nach der Scheidung anerkennt und besonders ausspricht, daß eine solche Vereinbarung, wenn sie vor Rechtskraft des Scheidungsurteils getroffen wird, nicht

schon deshalb nichtig ist, weil sie die Scheidung erleichtert oder ermöglicht hat. Hierbei wird man in aller Regel davon ausgehen dürfen, daß, wenn die untere Instanz Scheidungsgründe festgestellt und demgemäß geschieden hat, wirkliche Scheidungsgründe bestehen, und daß deshalb der Verzicht auf Rechtsmittel (Rechtsmittelrücknahme) gegen solches Urteil im Austausch gegen einen Unterhaltsverzicht nichts Verwerfliches enthält und von der Rechtsordnung zu billigen ist. Ein gewisses, wenn auch nicht absolut eindeutiges Indiz gegen die Nichtigkeit solchen Vergleiches dürfte wohl auch — wie dies die Entsch. des OLG. Celle zutreffend zum Ausdruck bringt — die Tatsache der Entgegennahme dieses Vergleichs zu gerichtlichem Protokoll, d. h. die wenn auch nur auf die förmliche Seite beschränkte gerichtliche Mitwirkung zu dem Vergleichsschluß sein.

III. Wiederum eine ganz andere Frage ist die, ob ein solcher Vergleich im Ehescheidungsverfahren geschlossen werden kann. Vom Gesichtspunkt der Wirksamkeit aus sind Bedenken dagegen nicht zu erheben, auch nicht bei Berücksichtigung des vom OLG. Hamburg angeführten § 615 Abs. 2 ZPO. (Verbot der Verbindung einer anderen Klage mit Scheidungs-, Herstellungs- oder Aufhebungsklage). Denn wenn auch äußerlich eine Einbeziehung des nicht verbindbaren Unterhaltsanspruchs in den Eheprozeß erfolgt, so sind das doch eben nur rein praktische, der vereinfachten Erledigung des gemeinsamen Fragenkomplexes: Scheidung und Unterhalt dienende Erwägungen, die bei Einigkeit aller Beteiligten über dieses Verfahren (auch des Gerichts) keinen durchgreifenden Bedenken begegnen. Sonst wären die Parteien gezwungen, einen außergerichtlichen Vergleich zu schließen, welcher die Verpflichtung des einen Teils zur Rücknahme des Rechtsmittels, des anderen Teils zum Verzicht auf den Unterhalt enthält, ein denkbar umständliches Verfahren. § 615 Abs. 2 ZPO. verbietet denn auch nur die Verbindung mehrerer Klagen und steht so nur der regelrechten verfahrensrechtlichen Durchführung mit dem Ziele gemeinsamer Entscheidung von in solcher Weise unzulässig verbundenen Ansprüchen entgegen.

IV. Wohl aber erhebt sich für die beteiligten Prozeßbevollmächtigten eine Schwierigkeit: eben die Vergleichsgebühr.

Beim Armenanwalt ist diese Schwierigkeit verhältnismäßig leicht zu lösen: Denn das Armenrecht ist ohnehin nur für die Ehesache, nicht zur Verfolgung des Unterhaltsanspruchs bewilligt. Wer also eine Vergleichsgebühr auch in Ehesachen schlechthin verneint (wie OLG. Hamburg), gelangt damit im Falle eines solchen gemeinsamen Vergleichs ohne weiteres zur Verneinung einer Vergleichsgebühr der Reichskasse gegenüber. Wer dagegen einen Vergleich in Ehesachen bejaht, muß die Vergleichsgebühr nach dem Streitwert der Ehesache (d. h. entweder nach 2000 *RM* oder nach dem armenanwaltsrechtlichen Höchststreitwert von mehr als 2000 *RM*) anerkennen. Bei mehr als 2000 *RM* Streitwert erhält der Armenanwalt ohnehin schon die Höchstgebühr aus der Reichskasse, ersterenfalls (bei nur 2000 *RM*) hat er aber keinen Anspruch auch noch auf die Differenz bis zu dem höchsten Gebührenbetrag, da insoweit seine Tätigkeit vom Armenrecht nicht gedeckt ist.

Mit Recht erwähnt allerdings OLG. Hamburg die Ausdehnung der Beiordnung. Dabei ist sicherlich zutreffend, daß eine solche Ausdehnung nicht möglich wäre. Denn sie kann in der Tat nur in dem verfahrensrechtlich zulässigen Rahmen, d. h. mit der aus § 615 Abs. 2 sich ergebenden Beschränkung erfolgen, wenn man nicht aus den oben angestellten Erwägungen heraus für die nur vergleichsweise Einbeziehung der Unterhaltsanspruch doch ausnahmsweise die Ausdehnung des Armenrechts zulassen will. Hierbei ist allerdings zu beachten, daß, wenn die Ausdehnung einmal erfolgt ist, sie schwerlich als wirkungslos angesehen werden könnte.

V. Beim Wahlanwalt könnte notfalls wohl immer auf dem Wege über § 89 RAGebO. mit entsprechender Anwendung der Vorschriften über die Vergleichsgebühr geholfen werden. Für die Kostenfestsetzung und die Erstattungsfähigkeit würden sich ebenfalls keine rechtlichen Bedenken ergeben.

VI. Interessant ist die vom OLG. Hamburg kurz erörterte Frage, ob nicht wenigstens ein Kostenvergleich in Ehesachen anerkannt werden kann. OLG. Hamburg verneint das aus der Erwägung, daß die Kosten auf jeden Fall Nebenforderungen seien und somit gebührenrechtlich auch dann keine Selbständigkeit erlangen, wenn in der Hauptsache ein echter Vergleich nicht zulässig ist, äußerlich aber ein besonderer Vergleich wenigstens über die Kosten geschlossen wird. Es ist dies zweifellos eine an sich beachtliche Erwägung. Ich halte sie gleichwohl nicht für ausschlaggebend. Denn wenn aus begrifflichen Erwägungen über den eigentlichen Streitgegenstand ein Vergleich nicht möglich ist, dann trennt sich doch für diese Frage derjenige Teil des Streites, der nun einmal vermögensrechtlicher Art ist, mindestens insofern von dem Schicksal und der Beurteilung der Hauptsache, als die der Hauptsache versagte Vergleichsmöglichkeit doch eben für den vermögensrechtlichen Teil, d. h. die Kosten, begrifflich besteht und somit dieser einem besonderen Vergleich i. S. des § 13 Ziff. 3 RAGebO. zugängig sein muß. Hier hört die besondere Bindung aus § 4 ZPO. zwangsläufig auf. So kann eine Vergleichsgebühr wegen der Kosten sehr wohl gerechtfertigt sein, selbst wenn man nicht als Voraussetzung eine zuvorige „Erledigung" der Hauptsache verlangt.

KGR. Dr. Gaedeke, Berlin.

Danziger Ehegesetz

19. Danziger EheG. v. 25. Aug. 1938. Verhältnis von Scheidungsklage, Aufhebungswiderklage und hilfsweiser Scheidungswiderklage zueinander. — Bei Schuld des Aufhebungsbeklagten sind verziehene Eheverfehlungen des Scheidungsbeklagten zu berücksichtigen. — Greifen Aufhebungswiderklage und Scheidungsklage durch, so ist auch zur hilfsweisen Scheidungswiderklage Stellung zu nehmen.

Die Kl. begehrt Scheidung der Ehe. Der Bekl. erhebt in erster Linie Widerklage auf Aufhebung der Ehe, weil die Kl. bei Eingehung der Ehe nicht jungfräulich gewesen sei. In zweiter Linie erhebt er Scheidungswiderklage. Das Obergericht hat die Ehe der Parteien auf die Widerklage hin aufgehoben und beide Parteien für schuldig erklärt.

Ist zur Zeit des Inkrafttretens des EheG. v. 25. Aug. 1938 (GBl. 249) eine Anfechtungsklage anhängig, so kann der Kl. statt der Nichtigerklärung der Ehe nur ihre Aufhebung beantragen; die Nichtigkeit der Ehe kann nicht mehr ausgesprochen werden (§ 90 Abs. 2 EheG.). Entsprechendes gilt auch für die Anfechtungswiderklage. Demgemäß hat der Bekl. zutreffend seine Anfechtungswiderklage in eine Aufhebungswiderklage übergeleitet.

§ 18 der VO. zur Durchführung und Ergänzung des EheG. v. 31. Aug. 1938 (GBl. 361) trifft nun nähere Bestimmungen für den Fall, daß in demselben Rechtsstreit Aufhebung und Scheidung der Ehe begehrt werden: Falls beide Begehren begründet sind, ist nur auf Aufhebung der Ehe zu erkennen. Die Schuld eines Ehegatten, welche das Scheidungsbegehren oder einen Schuldantrag gegenüber diesem Begehren rechtfertigt, ist im Schuldausspruch (§ 17 der VO. v. 31. Aug. 1938, §§ 60, 61 EheG.) zu berücksichtigen. Ist hiernach jeder der Ehegatten als schuldig anzusehen, so sind beide für schuldig zu erklären. Ist das Verschulden des einen Ehegatten erheblich schwerer als das des anderen, so ist zugleich auszusprechen, daß seine Schuld überwiegt.

Diese Bestimmungen ergeben, daß auch nach dem neuen Eherecht in erster Reihe auf die Aufhebungsklage einzugehen ist. Greift die im vorliegenden Falle auf Irrtum über Umstände, die die Person des andern Ehegatten betreffen, nach § 37 EheG. gestützte Aufhebungswiderklage durch, so ergibt § 42 Abs. 2 EheG., daß derjenige Ehegatte als schuldig anzusehen ist, der den Aufhebungsgrund bei Eingehung der Ehe kannte. Diese Schuldigerklärung ist gemäß § 17 der VO. v. 31. Aug. 1938 im Urteil auszusprechen.

Nach dem neuen Eherecht ist es aber auch bei grundsätzlichem Durchgreifen der Aufhebungswiderklage aus § 37 Abs. 1 EheG. notwendig, auf die Scheidungsklage der Kl. und auch auf die vom Bekl. nur in zweiter Reihe erhobene Scheidungswiderklage einzugehen.

Einer der gesetzgeberischen Grundgedanken bei der Neuregelung des Eheaufhebungsrechts und seines Verhältnisses zum Scheidungsrecht ist folgender: Es soll nicht bloß auf das Verhalten vor der Ehe ankommen und die dort liegende Schuld an der Schaffung des Aufhebungsgrundes, sondern es soll auch das Verhalten der Ehegatten in der Ehe seinen wichtigen Platz bei der Entsch. eines solchen Eherechtsstreits erhalten. Damit ist eine grobe Unbilligkeit des alten Rechts beseitigt, nach dem es z. B. möglich war, daß der Anfechtungskläger siegreich aus dem Rechtsstreit hervorging, auch wenn er in der Ehe noch so schwere Schuld auf sich geladen hatte, oder daß andererseits die Bewährung eines Ehegatten in der Ehe keine Würdigung fand. Dieses Ziel der Berücksichtigung des Verhaltens der Ehegatten in der Ehe erreicht der Gesetzgeber auf zweierlei Weise.

Einmal hat er in § 37 Abs. 2 EheG. bestimmt, daß die Aufhebung der Ehe ausgeschlossen ist, wenn das Verlangen nach Aufhebung der Ehe mit Rücksicht auf die bisherige Gestaltung des ehelichen Lebens der Ehegatten sittlich nicht gerechtfertigt erscheint. Da hier die Gestaltung des gesamten ehelichen Lebens zu würdigen ist, muß der Richter bereits aus diesem Grunde auf den Tatsachenstoff der Scheidungsklage und der Scheidungswiderklage eingehen. Denn nur dann kann er die Gestaltung des bisherigen ehelichen Lebens der Parteien feststellen und zu

der sittlichen Würdigung des Aufhebungsverlangens kommen, die der Gesetzgeber verlangt. Das zweite Mittel zur Erreichung des gesetzgeberischen Zieles ist die in § 18 der Durchführungs- und ErgänzungsVO. v. 31. Aug. 1938 vorgeschriebene Berücksichtigung der Scheidungsschuld neben der etwaigen Aufhebungsschuld.

Dringt die Aufhebungswiderklage durch, so erfordert § 18 zunächst ein Eingehen auf die Scheidungsklage der Kl. Ist nun das Scheidungsbegehren der Kl. begründet, so ist zwar nur auf Aufhebung der Ehe zu erkennen, aber die Scheidungsschuld des Bekl. im Schuldausspruch zu berücksichtigen. Das ergibt bereits der Wortlaut des § 18. Es fragt sich dann aber weiter, wie zu entscheiden ist, wenn die Scheidungsklage der Kl. zwar eine Scheidungsschuld des Bekl. ergibt, diese aber verziehen ist und deshalb gemäß §§ 56, 60 Abs. 3 Satz 2 EheG. keinen selbständigen Scheidungsanspruch, sondern nur eine Mitschulderklärung rechtfertigen kann. Es ist zuzugeben, daß der Wortlaut des § 18 für die Ansicht sprechen könnte, daß, weil eben in einem solchen Falle das Scheidungsbegehren nicht begründet ist, lediglich auf Aufhebung der Ehe unter Alleinschuldigerklärung der Kl., falls diese eine Aufhebungsschuld trifft, zu erkennen sei. Dieses Ergebnis würde aber dem Grundgedanken des Gesetzes, auch das Verhalten der Ehegatten in der Ehe und ihre Scheidungsschuld zu berücksichtigen, widersprechen. Es würde auch in Widerspruch stehen zu dem Grundsatz des § 60 Abs. 3 EheG., der sich dahin fassen läßt: Wenn ein Ehegatte die Ehe angreift und die Schuldigerklärung des anderen Ehegatten erzielt, so soll die eigene Schuld des Angreifers keineswegs unbeachtet bleiben, sofern das der Billigkeit entspricht. Die Auslegung des Gesetzes nach seinem Sinn und Zweck ergibt daher, daß in einem solchen Falle auch die Scheidungsschuld des Bekl. trotz Verzeihung zu berücksichtigen ist und beide Teile für schuldig zu erklären sind, und zwar die Kl., weil sie die Aufhebungsschuld trifft, der Bekl., weil ihn Scheidungsschuld trifft. Wie zu entscheiden ist, wenn die Aufhebungswiderklage durchdringen würde, ohne daß die Kl. eine Aufhebungsschuld trifft, kann für den vorliegenden Fall dahingestellt bleiben.

Dagegen bedarf hier die Frage einer Prüfung, welche Berücksichtigung die nur in zweiter Reihe vom Bekl. erhobene Scheidungswiderklage für den Schuldausspruch zu finden hat. Die Geltendmachung des Scheidungsanspruchs in zweiter Reihe neben dem in erster Reihe erhobenen Aufhebungsanspruch bedeutet, daß auf ihn nur insoweit zurückgegriffen werden soll, als der Bekl. nicht mit dem in erster Reihe geltend gemachten Anspruch in vollem Umfange durchdringt (vgl. Anz, Eheschließung, Ehenichtigkeit und Eheaufhebung nach dem Ges. v. 6. Juli 1938: JW. 1938, 2079). Würde daher die Aufhebungswiderklage unter Alleinschuldigerklärung der Kl. durchdringen, so käme es auf die nur in zweiter Linie erhobene Scheidungswiderklage nicht an. Umgekehrt würde in vollem Umfange auf die Scheidungswiderklage zurückzugreifen sein, wenn die Aufhebungsklage abgewiesen würde. Führt nun die Aufhebungswiderklage nicht zu einem vollen Prozeßsiege des Bekl., weil zwar auf Aufhebung der Ehe, aber als Folge der Scheidungsklage nur unter Schuldigerklärung beider Parteien zu erkennen ist, so muß der Bekl. auf die von ihm in zweiter Reihe geltend gemachte Scheidungswiderklage zurückgreifen können, um mit ihr zu erreichen, daß die Kl. für überwiegend schuldig erklärt wird, indem zu ihrem Aufhebungsverschulden noch ein Scheidungsverschulden tritt und beide zusammengenommen unter Umständen gegenüber dem Scheidungsverschulden des Bekl. überwiegen können. In diesem Sinne kommt es auf die nur in zweiter Reihe geltend gemachte Scheidungswiderklage an. Für diese Auslegung sprechen Wortlaut und Sinn des § 18. Der Wortlaut der Bestimmung verbietet nicht, daß dieselbe Partei die Scheidung neben der Aufhebung geltend macht. Satz 2 des § 18 geht sogar ausdrücklich davon aus, daß eine Scheidungsschuld bei beiden Parteien, also auch der Aufhebungsgegnerin festgestellt werden kann, denn er spricht von der Schuld eines Ehegatten, welche das Scheidungsbegehren oder einen Schuldantrag gegenüber dem Scheidungsbegehren rechtfertigt. Der Sinn des § 18 spricht ebenfalls eindeutig für die hier vertretene Auslegung. Wenn der Gesetzgeber neben der Aufhebungsschuld auch das Verhalten während der Ehe berücksichtigen will, so ist es klar, daß er nicht nur das Verhalten des einen Ehegatten, sondern auch das Verhalten des anderen Ehegatten während der Ehe werten muß. Es muß somit die Scheidungsschuld beider Ehegatten Berücksichtigung finden, also sowohl die durch die Scheidungsklage, wie die durch die in zweiter Reihe erhobene Scheidungswiderklage in den Rechtsstreit eingeführte Scheidungsschuld. Die Besonderheit der Scheidungsklage und der Scheidungswiderklage in diesen Fällen gegenüber sonstigen Scheidungsklagen und Scheidungswiderklagen liegt zum wesentlichen Teile darin, daß sie nach der positiven Vorschrift des § 18 nicht zur Scheidung führen, sondern aus ihnen nur das Schuldelement zum Rechtsspruch erhoben wird. Bei der Prüfung, ob das Verschulden des einen Ehegatten erheblich schwerer wiegt als das des anderen, muß sodann alles, was an Verschulden bei dem einen Ehegatten festgestellt ist, allem Verschulden des anderen Ehegatten gegenübergestellt werden, mag nun das Verschulden in Aufhebungsschuld, in Scheidungsschuld oder in beiden Schuldarten bestehen. Nur so ist nach dem Zweck und Sinn des § 18 eine gerechte Abwägung der Schuldfrage möglich. Auch Auert, „Das neue großdeutsche Eherecht" 1938 Anm. 3 zu § 42 des deutschen EheG. S. 157 hält die „Addierung" der verschiedenen Schuldmomente zur Prüfung der Frage des überwiegenden Verschuldens für notwendig.

(Im folgenden geht das Obergericht zunächst auf die Aufhebungswiderklage ein und läßt sie durchgreifen, weil der Bekl. sich bei Eingehung der Ehe über die Jungfräulichkeit der Kl. geirrt habe. Das Obergericht prüft dann die Scheidungsklage und stellt schwere Eheverfehlungen des Bekl. fest, die aber sämtlich verziehen seien. Trotzdem leitet es aus ihnen ein Mitverschulden des Bekl. her. Letzten Endes geht das Obergericht auf die in zweiter Linie erhobene Scheidungswiderklage ein, stellt fest, daß auch die Kl. eine Scheidungsschuld trifft, und wägt nun ab, ob eine der Parteien überwiegend schuld ist. Bei dieser Abwägung werden Aufhebungs- und Scheidungsschuld der Kl. addiert, dann aber festgestellt, daß auch die Gegenüberstellung dieser Gesamtschuld der Kl. mit der Scheidungsschuld des Bekl. nicht dazu führen könne, die Kl. für überwiegend schuldig zu erklären.)

(Obergericht der Freien Stadt Danzig, Urt. v. 20. Okt. 1938, III U 54/38.)

Zuständigkeit in Familien- und Nachlaßsachen

20. KG. — § 36 Abs. 2 FGG.; § 14 ZustVereinhVO. vom 31. Mai 1934. § 14 VO. über die Vereinheitlichung der Zuständigkeit in Familien- und Nachlaßsachen v. 31. Mai 1934 (RGBl. I, 72) schließt eine Anfechtung der Entscheidung des AG. Berlin dann nicht aus, wenn das AG. die Abgabe der Sache an ein anderes Gericht ablehnt.

Unzweifelhaft ist zunächst, daß im Regelfall die Ablehnung der Abgabe einer anhängigen Pflegschaftssache (§ 46 Abs. 1, 3 FGG.) eine beschwerdefähige Verfügung des VormGer. i. S. des § 19 Abs. 1 FGG. darstellt. Liegen Umstände vor, bei deren Beachtung das VormGer. in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens die Sache an ein anderes Gericht abzugeben hätte, und lehnt das Gericht die Abgabe gleichwohl ab, so berechtigt der darin liegende Verstoß gegen Verfahrensvorschriften die Beteiligten zur Beschwerde gegen die ablehnende Entschließung des Gerichts; es handelt sich dann nicht um ein Verfahren aus § 46 Abs. 2 FGG. — ein Streit zwischen zwei Gerichten besteht ja gar nicht —, sondern um eine Bekämpfung des Standpunkts des zur Zeit mit der Sache befaßten Gerichts, das abgeben soll, aber nicht abgeben will (JFG. 15, 352).

Es fragt sich indessen, ob die besondere Regelung, die in § 14 der VO. über die Vereinheitlichung der Zuständigkeit in Familien- und Nachlaßsachen hinsichtlich der Zuständigkeit in den Fällen getroffen ist, in denen der Mündel Deutscher ist, aber im Inland weder Wohnsitz noch Aufenthalt hat, der Zulässigkeit der Beschwerde gegen die Ablehnung der Abgabe der Sache entgegensteht. Das ist jedoch nicht der Fall.

§ 14 der VO. v. 31. Mai 1934 schreibt beim Vorliegen der dort genannten Voraussetzungen im Interesse der Vereinfachung der Regelung aus § 36 Abs. 2 FGG. die Zuständigkeit des AG. Berlin vor und bestimmt zugleich, daß dieses Gericht die Sache aus wichtigen Gründen an ein anderes Gericht abgeben kann und daß, wenn dies geschieht, die Abgabeverfügung für das andere Gericht bindend ist. Aus der Bindung des Gerichts, an das abgegeben wird, an die Abgabeverfügung des AG. Berlin kann aber nichts für die Ansicht hergeleitet werden, daß auch die Verfügung über die Nichtabgabe einer Anfechtung nicht unterworfen sei. Insbesondere ist irrig, wenn das AG. Berlin hier annimmt, der Gesetzgeber habe ganz allgemein eine Bindung der Beteiligten an die Entschließung des AG. Berlin über Abgabe und Beibehaltung der Sache gewünscht, und die Vorschrift über die bindende Wirkung der Abgabeverfügung regele nur „den Hauptfall des zu erwartenden Widerstandes". Der Senat hat in seinem Beschluß: JFG. 14, 200 = JW. 1937, 410[17] unter Darlegung des vor der VO. vom 31. Mai 1934 bestehenden unbefriedigenden Rechtszustandes den Sinn und Zweck des § 14 Satz 2 der VO. dahin umrissen, daß Übernahmestreitigkeiten mit dem sicherlich nicht immer über-

nahmebereiten anderen AG. nach § 46 FGG. grundsätzlich abgeschnitten werden sollten. Weder der Wortlaut noch der Zweck der Vorschrift bietet aber irgendeinen Anhaltspunkt dafür, daß auch dann, wenn das AG. Berlin von der Möglichkeit der Abgabe keinen Gebrauch machen will, eine Nachprüfung der Erwägungen abgeschnitten werden sollte, die zur Ablehnung der Abgabe geführt haben. Die Ansicht, die durch § 14 Satz 1 der VO. angeordnete Zuständigkeit des AG. Berlin finde ihren Grund darin, daß dieses Gericht einheitliche Richtlinien für die Behandlung derartiger Auslandssachen haben solle und die vom AG. ausgesprochene Ablehnung der Abgabe liege deshalb im Interesse der Minderjährigen, ist verfehlt. Nicht die einheitliche sachliche Behandlung der Vormundschaftssachen usw., die Deutsche ohne inländischen Wohnsitz oder Aufenthaltsort betreffen, ist das Ziel jener Vorschrift, sondern die Beseitigung der Schwierigkeiten, die sich aus der früheren Regelung der Zuständigkeitsfrage im § 36 Abs. 2 FGG. ergeben haben.

(KG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 7. Okt. 1938, 1a Wx 1010/38.)

Jugendwohlfahrtsgesetz

21. KG. — § 44 JugWohlfG. Die Bestellung einer Einzelperson zum Vormund an Stelle des Amtsvormundes erscheint dann dem Interesse des Mündels förderlich, wenn ein geeigneter Einzelvormund zur Verfügung steht, der nach den gesamten Umständen des Einzelfalls den Anforderungen der Vormundschaft gewachsen ist und das Wohl des Mündels in jeder Hinsicht wahrnehmen kann. Ist die Unterhaltsfrage noch nicht geklärt, so kann darin ein Grund zur Aufrechterhaltung der Amtsvormundschaft liegen. Unsachgemäße Führung der Vormundschaft kann zur Ablösung des Amtsvormunds führen.

Gemäß § 33 Abs. 1 Satz 3 JugWohlfG. findet § 1886 BGB. über die Entlassung des Vormundes aus dem Amt auf die Amtsvormundschaft keine Anwendung. Es greift vielmehr § 44 JugWohlfG. Platz. Danach soll das Jugendamt die Bestellung einer Einzelperson als Vormund beantragen, wenn dies im Interesse des Minderjährigen förderlich erscheint. Die Bestellung kann auch auf Antrag dritter Personen, die ein berechtigtes Interesse des Mündels geltend machen, des über 14 Jahre alten Mündels selbst und auch von Amts wegen erfolgen. Die Bestellung einer Einzelperson als Vormund wird dann dem Interesse des Minderjährigen förderlich erscheinen, wenn ein geeigneter Einzelvormund zur Verfügung steht, der den Anforderungen der Vormundschaft nach Lage des Falles gewachsen ist und das Wohl des Mündels in jeder Hinsicht wahrnehmen kann. Das Gesetz geht davon aus, daß im allgemeinen der Einzelvormundschaft der Vorzug vor der Amtsvormundschaft zu geben ist. Es legt einer rechtzeitigen und sachgemäßen Ablösung der Amtsvormundschaft erhebliche Bedeutung bei. Dies ergibt sich vor allem aus § 44 Abs. 2 JugWohlfG., der ein ausgedehntes Antragsrecht vorsieht und dem VormGer. die Befugnis gibt, auch von Amts wegen einen Einzelvormund zu bestellen.

Hierbei sind freilich alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Insbesondere kann die Tatsache, daß die Unterhaltsfrage nicht endgültig geregelt ist, ein Grund sein, es zunächst bei der Amtsvormundschaft zu belassen. Das Jugendamt ist mit größeren Machtmitteln ausgestattet und verfügt über eine größere Erfahrung auf diesem Gebiet. Es wird vor allem dann zur Führung der Amtsvormundschaft geeignet erscheinen, wenn mit Schwierigkeiten im Unterhaltsprozeß zu rechnen ist und der in Betracht kommende Einzelvormund nicht rechtskundig ist. Wenn, wie es hier der Fall ist, in dem Unterhaltsprozeß mit der Vornahme einer Blutgruppenuntersuchung zu rechnen ist, so kann das Jugendamt allein die geeigneten Anträge stellen, nicht dagegen die rechtsunkundigen Angehörigen der Kindesmutter.

Andererseits kann allerdings auch die bisherige Führung der Vormundschaft durch das Jugendamt einen Anlaß geben, dieses durch eine Einzelperson als Vormund abzulösen. Wenn § 1886 BGB. auch nach § 33 Abs. 1 JugWohlfG. nicht anwendbar ist, so ist doch ein pflichtwidriges, das Interesse des Kindes gefährdendes Verhalten des Jugendamts ein möglicher Anwendungsfall des § 44 JugWohlfG. (vgl. Amtl. Begr. zu § 45 RTDrucks. 1920 Nr. 1666). § 44 RJugWohlfG. spannt einen weiteren Rahmen als § 1886 BGB. und kann auch Fälle umfassen, in welchen gegen eine einzelne Person als Vormund auf Grund des § 1886 BGB. einzuschreiten wäre. Da aber hier das LG. feststellt, daß die unrichtigen Auskünfte des Jugendamtes über den Stand des Unterhaltsprozesses nur auf einer Fahrlässigkeit eines Beamten beruhen, ist der Ansicht beizupflichten, daß eine Entlassung des Jugendamtes auch unter diesem Gesichtspunkt nicht in Frage kommt.

(KG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 21. Okt. 1938, 1a Wx 1147/38.)

Mietrecht

22. LG. — §§ 2, 4 MietSchG. Die Anwendung des MietSchG. auf einen jüdischen Mieter ist abzulehnen. Denn der Anwendung des MietSchG. auf Mietverträge mit Juden steht die weltanschauliche Forderung entgegen, daß alle Gemeinschaftsverhältnisse mit Juden möglichst schnell beendet werden müssen. Der arische Vermieter kann also einem jüdischen Mieter das Mietverhältnis ohne weiteres aufkündigen, da für den Juden das MietSchG. nicht gilt.

Durch Vertrag v. 4. März 1935 vermietete die Kl. an die Bekl. eine Wohnung. Der bekl. Ehemann ist Jude, seine Frau arisch.

Die Kl. hat gegen die Bekl. Klage auf Mietaufhebung und Räumung erhoben, indem sie geltend macht: Die Fortsetzung des Mietverhältnisses mit einem jüdischen Mieter könne ihr nicht mehr zugemutet werden.

Die Bekl. berufen sich darauf, daß die Wohnung unter Mieterschutz stehe.

Das AG. hat die Bekl. unter sofortiger Aufhebung des Mietverhältnisses zur Räumung verurteilt.

Gegen dieses Urteil haben die Bekl. Berufung eingelegt, jedoch ohne Erfolg.

Das AG. hat der Klage deshalb stattgegeben, weil die Voraussetzungen des § 2 MietSchG. vorlägen, d. h. weil eine schuldhafte erhebliche Belästigung der Kl. durch die Bekl. vorliege. Es führt aus: § 2 MietSchG. diene der Erhaltung und dem Schutz der Hausgemeinschaft. Juden könnten nicht Mitglieder der Hausgemeinschaft sein. Wenn sich Juden im Hause aufhielten, so sei dies eine erhebliche Belästigung des Vermieters. Die Tatsache, daß der Bekl. zu 1 Jude sei, bedeute allerdings kein Verschulden. Im Sinne des § 2 MietSchG. treffe ihn jedoch deshalb ein Verschulden, weil er einen Fremdkörper innerhalb der Hausgemeinschaft darstelle und ihm die notwendige innere Einstellung zu einer Gemeinschaft mit Deutschen fehle. Diese Ausführungen sind insoweit nicht stichhaltig, als sie sich auf die Verschuldensfrage beziehen. Die Tatsache, daß ein Jude ein Fremdkörper innerhalb der deutschen Hausgemeinschaft darstellt und ihm die innere Einstellung zu einer Gemeinschaft mit Deutschen fehlt, beruht auf einer Eigenart der jüdischen Rasse, also einer erbbiologischen Tatsache, nicht jedoch auf einem Verschulden des jüdischen Volkes oder des einzelnen Juden.

Das hier streitige Problem kann überhaupt nicht durch eine Auslegung des MietSchG. gelöst werden. Seine Bedeutung greift über den Rahmen des MietSchG. weit hinaus. Es handelt sich nicht um eine Frage, die durch Auslegung des MietSchG. gelöst werden kann, sondern um eine weltanschauliche Frage. Eine Gemeinschaft mit Juden wird von deutschen Volksgenossen grundsätzlich abgelehnt, und zwar sowohl das Zusammenwohnen mit Juden, wie überhaupt jede Art von Gemeinschaft. Dies ist durch die nationalsozialistische Bewegung im deutschen Volke fest verankert und nicht nur ein Programmsatz, bei dem erst bestimmt wird, wann er durchgeführt wird, sondern ein Rechtssatz, der bereits jetzt gilt. Hiervon ausgehend, ist zu erörtern, ob das MietSchG. bei jüdischen Mietern anwendbar ist. Dies ist zu verneinen. Durch das MietSchG. wird dem Mieter ein besonders geschütztes Wohnrecht verliehen. Diesen Schutz verliert der Mieter nur bei bestimmten Tatbeständen, die im Gesetz einzeln aufgeführt sind; während ein nicht unter Mieterschutz stehendes Mietverhältnis durch einfache Kündigung beendet werden kann, auch wenn den Mieter kein Verschulden trifft oder sonst Gründe für die Aufhebung des Mieterschutzes nicht vorliegen. Die Auflösung der Mietverträge mit Juden wird also durch das MietSchG. erschwert und in gewissen Fällen unmöglich gemacht. Dies aber steht der weltanschaulichen Forderung entgegen, daß alle Gemeinschaftsverhältnisse mit Juden möglichst schnell beendet werden müssen. Die Anwendung des MietSchG. auf jüdische Mieter ist deshalb abzulehnen. Die Tatsache, daß nur der Bekl. zu 1 Jude ist, die Bekl. zu 2 aber arisch, ist unerheblich, da die mit dem Bekl. zu 1 verheiratete Bekl. zu 2 sein Schicksal teilen muß. Die Gesichtspunkte, die die Bekl. dem entgegensetzen, können nicht zu einer Änderung dieser Rechtsauffassung des Gerichts führen.

Es ist nicht richtig, daß die Stellung der Juden durch die Nürnberger Gesetze endgültig geregelt worden ist. Die Nürnberger Gesetze waren nur ein Anfang. Die Entwicklung ist aber noch nicht beendet. Auch die Ansicht, daß jede einzelne Maßnahme gegen die Juden nur von der Regierung angeordnet

werden könne, ist nicht zutreffend. Wollte man dem beitreten, so würde eine Auslegung der Gesetze zuungunsten der Juden nicht stattfinden dürfen und die Juden hierdurch besonders geschützt sein. Es liegt auf der Hand, daß das nicht der Sinn der Sache ist. Richtig ist, daß in jüngster Zeit wegen der Wohnungen der jüdischen Ärzte dem Vermieter ein besonderes Kündigungsrecht verliehen ist (VO. v. 25. Juli 1938) und daß auch die letzte VO. v. 31. Aug. 1938 besondere Bestimmungen über Mietverträge mit jüdischen Mietern nicht enthält. Hieraus kann aber nicht geschlossen werden, daß die oben gegebene Darlegung über die Gültigkeit des MietSchG. unrichtig ist. Als die fraglichen Bestimmungen erlassen wurden, war die Entwicklung der Judenfrage noch nicht so weit vorgeschritten, wie sie es jetzt ist. Aus demselben Grunde kann der Kl. nicht entgegengehalten werden, daß sie noch im Jahre 1935 den Bekl. zu 1 in ihr Haus aufgenommen hat, obgleich ihr bekannt war, daß er Jude ist. Daß bei einer Kündbarkeit der Verträge mit jüdischen Mietern zahlreiche Juden in Deutschland obdachlos werden würden, mag sein, kann aber nichts ändern. Diese Wohnungen werden dann deutschen Volksgenossen zur Verfügung stehen, was bei dem jetzigen Wohnungsmangel nur erwünscht ist.

Da die Geltung des MietSchG. abzulehnen ist, ist das Vertragsverhältnis kündbar. Ob eine solche Kündigung fristlos oder nur unter Einhaltung der vertraglichen Frist möglich ist, kann hier dahinstehen. Da die Klagerhebung im September 1938 erfolgt ist, und in dieser eine Kündigung liegt, ist das Mietverhältnis gem. § 5 des Vertrages spätestens zum 31. März 1939 beendet. Da die Bekl. bis zu diesem Zeitpunkt Räumungsfrist haben, brauchen sie vorher die Wohnung nicht herzugeben. Eine weitere Räumungsfrist ist nicht erforderlich. Die Anträge der Bekl. auf Umzugskostenersatz und Freistellung von Kosten konnten keinen Erfolg haben, weil solche Anträge nur nach dem nicht anwendbaren MietSchG. möglich sind.

Da das Urteil des AG., durch das die Bekl. zur Räumung verurteilt sind, also im Ergebnis zutreffend ist, war die Berufung zurückzuweisen.

(LG. Berlin, 48. ZK., Urt. v. 7. Nov. 1938, 248 S 4057/38.) [v. B.]

*

23. AG. — § 553 BGB.; MietSchG. Die Schutzbestimmungen des 1. Abschnitts des MietSchG. finden auf Mietverhältnisse mit jüdischen Mietern keine Anwendung.

Die Bekl. sind Juden. Sie sind Mieter einer Wohnung im Hause der Kl. Die Parteien haben eine vierteljährliche Kündigungsfrist vereinbart. Der Mietpreis ist monatlich 50 *RM*. Mit Schreiben v. 1. Nov. 1938 kündigten die Kl. das Mietverhältnis zum 1. Febr. 1939. Die Bekl. nahmen die Kündigung nicht an, da sie Mieterschutz hätten und sich nichts zuschulden hätten kommen lassen.

Die Kl. verlangt Aufhebung des Mietverhältnisses und Räumung.

I. Das AG. Nürnberg hat bisher, wie die gesamte Rspr., die Auffassung vertreten, daß auf Mietverhältnisse zwischen deutschen Vermietern und jüdischen Mietern das MietSchG. anzuwenden sei. Das hatte zur Folge, daß ein solches Mietverhältnis auf Verlangen des deutschen Vermieters nur bei Vorliegen der in den §§ 2—4a dieses Gesetzes bezeichneten Gründe aufgelöst werden konnte.

Der erkennende Richter kann diese bisher vertretene Rechtsauffassung nicht mehr aufrechterhalten. Eine erneute Prüfung der Rechtslage führt zu dem Ergebnis, daß die Schutzbestimmungen des 1. Abschnitts des MietSchG. auf Mietverhältnisse der bezeichneten Art keine Anwendung mehr finden können.

Diese Rechtsauffassung ist begründet aus folgenden Erwägungen:

1. Das MietSchG. ist ein Teil der Wohnungsnotgesetzgebung, die als eine Folge der nach dem Weltkrieg auftretenden ungeheuren Wohnungsnot entstand. Diese Notgesetzgebung griff durch verschiedene Maßnahmen, wie gesetzliche Festlegung des Mietzinses, Beschlagnahme der vorhandenen Räume und Schutz des Mieters einer Wohnung gegenüber willkürlichen Kündigungen (Mieterschutz i. e. S.), tief in das freie Vertragsrecht ein.

Die Gründe, die zum Erlaß des MietSchG. geführt haben, bestehen auch heute zum großen Teil noch fort. Seit 1933 hat sich die Nachfrage nach Wohnungen infolge des allgemeinen Wirtschaftsaufschwungs und der Maßnahmen der Staatsführung zur Förderung der Eheschließungen erheblich verstärkt. Dadurch trat eine empfindliche Wohnungsknappheit ein, zumal auch mit Rücksicht auf andere, vordringlichere Aufgaben die Schaffung neuer Wohnungen nicht in dem erwünschten Maße gefördert werden konnte. Der nationalsozialistische Gesetzgeber hat daher die Mieterschutzgesetzgebung nicht nur beibehalten, sondern sie sogar durch die VO. v. 29. Aug. 1937 über den Kündigungsschutz für Miet- und Pachträume (RGBl. I, 917) und die 1. AusfVO. hierzu v. 4. Dez. 1937 (RGBl. I, 1325) wesentlich erweitert.

Das MietSchG. stellt wie die gesamte Wohnungsnotgesetzgebung eine weitgehende Beschränkung der freien Verfügungsgewalt des Hausbesitzers über sein Eigentum dar. An die Stelle des Grundsatzes, daß der Eigentümer über seine Sache nach eigenem Gutdünken und unter Ausnützung der ihm günstigen Marktlage zugunsten seines eigenen Vorteiles verfügen könne, wurde der Grundsatz gestellt, daß der Hausbesitzer mit seinem Eigentum der Gemeinschaft des ganzen Volkes zu dienen habe und daß zu diesem Zwecke seine Verfügungsgewalt zugunsten der Allgemeinheit eingeschränkt werden müsse. An die Stelle des liberalen Grundsatzes vom freien Spiel der Kräfte gilt auf dem Gebiete der Wohnungswirtschaft der Grundsatz der Gemeinschaftsgebundenheit des Eigentums.

Das MietSchG. ist also nach seiner Entstehungsgeschichte und nach seiner Zielrichtung ein im eigentlichen Sinne „sozialistisches" Gesetz. Es beschränkt den einzelnen Hausbesitzer zugunsten der Gemeinschaft des ganzen Volkes, für das die Notwendigkeit gesunden und ausreichenden Wohnraumes eine Lebensfrage ist, die nicht nach privatkapitalistischen Gesichtspunkten gelöst werden kann. Das MietSchG. ist nach dem Willen des nationalsozialistischen Gesetzgebers die gesetzliche Verwirklichung der Volksgemeinschaft auf dem Gebiete des Wohnungswesens. Es ist auf diesem Gebiete der gesetzliche Ausdruck der Forderung des Parteiprogramms: „Gemeinnutz geht vor Eigennutz."

2. Da das MietSchG. also bestimmt ist, der Gemeinschaft des deutschen Volkes zu dienen, kann es nur für diejenigen gelten, die zur Gemeinschaft des deutschen Volkes gehören oder doch sich in diese Gemeinschaft blutmäßig einordnen können. Es würde daher dem Zweck, den der nationalsozialistische Gesetzgeber mit der Beibehaltung und Erweiterung des Gesetzes verfolgt hat, widersprechen, wenn seine Schutzbestimmungen auf Personen angewandt werden, die außerhalb der Gemeinschaft des deutschen Volkes stehen und auch nie zu ihr gehören können.

Dies ist bei Juden der Fall. Sie stehen nach ihrer Rasse und ihren sittlichen Anschauungen in unüberbrückbarem Gegensatz zum deutschen Volke. Der Gesetzgeber hat diesen Ausschluß aus der deutschen Volksgemeinschaft auch eindeutig zum Ausdruck gebracht: Juden können am politischen, kulturellen und wirtschaftlichen Leben des deutschen Volkes nicht teilnehmen.

Daraus folgt, daß die Schutzbestimmungen des MietSchG. jüdischen Mietern im Verhältnis zu deutschen Vermietern nicht zur Seite stehen können. Die gegenteilige Auffassung ist mit dem Sinn und Zweck des Gesetzes und mit dem gesunden Rechtsempfinden des Volkes, das beim heutigen Stand der Judenfrage einen solch weitgehenden Schutz der Juden unverständlich finden würde, nicht mehr zu vereinbaren. Sie muß daher aufgegeben werden.

Der Richter ist an dieser Rechtsauffassung nicht dadurch gehindert, daß eine ausdrückliche Regelung dieser Frage durch den Gesetzgeber bisher nicht erfolgt ist. Denn der Umstand, daß die Staatsführung einen Rechtszustand, der mit nationalsozialistischen Anschauungen nicht vereinbar ist, noch nicht förmlich geändert hat, schließt nicht aus, daß der Richter bei seiner Entsch. diesem Zustand die Anerkennung versagt und nötigenfalls versagen muß (vgl. Urt. des OLG. Jena v. 13. April 1938: AkadZ. 1938, 603).

II. Die Nichtanwendung des MietSchG. hat zur Folge, daß der Vermieter das Mietverhältnis durch Kündigung beendigen kann. Die ordentliche Kündigung ist am 1. Nov. 1938 erfolgt. Das Mietverhältnis würde also, da vierteljährliche Kündigung vereinbart ist, nach dem Ges. v. 24. März 1938 über die Auflockerung der Kündigungstermine (RGBl. I, 306) mit dem Ablauf des 31. Jan. 1939 endigen.

In dem in der mündlichen Verhandlung v. 17. Nov. 1938 gestellten Klageantrag auf sofortige Aufhebung des Mietverhältnisses und sofortige Herausgabe der Wohnung ist jedoch eine außerordentliche, fristlose Kündigung des Mietverhältnisses seitens der Kl. zu erblicken. Denn damit haben die Kl. eindeutig zum Ausdruck gebracht, daß sie das Mietverhältnis sofort beendigt haben wollen.

An sich ist im BGB. dem Vermieter das Recht zur fristlosen Kündigung des Mietverhältnisses nur in den Fällen der §§ 553, 554 eingeräumt. Beide treffen hier nicht zu. Allein die Rspr. hat seit langem den Grundsatz entwickelt, daß der in den Bestimmungen der §§ 553, 626, 723 BGB. zum Ausdruck gebrachte Rechtsgedanke ganz allgemein für Dauerschuldverhält-

nisse Geltung habe. Danach können Dauerverhältnisse fristlos gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Das RG. hat wiederholt entschieden (vgl. Staudinger, Bem. 11 zu § 553), daß die fristlose Kündigung dann zuzulassen ist, wenn die Durchführung des Vertrags durch irgend etwas, vor allem auch durch die Person des Vertragsgegners, gefährdet und deshalb dem Kündigenden nicht mehr zuzumuten ist. Dabei ist ohne Bedeutung, ob der Vertragsgegner schuldhaft gehandelt hat oder nicht.

Im nationalsozialistischen Staat ist das Verhältnis zwischen Vermieter und Mietern und der sämtlichen Hausbewohner untereinander in erster Linie durch den Gedanken der Hausgemeinschaft bestimmt. Eine solche Hausgemeinschaft ist mit Juden ebenso unmöglich, wie eine Gemeinschaft des gesamten Volkes mit ihnen. Jeder Deutsche findet die Anwesenheit von Juden in dem von ihm bewohnten Hause als lästig; es ist ihm peinlich, mit ihm zusammenzutreffen oder gar mit ihm in Verbindung treten zu müssen.

Diese Einstellung hat sich durch die Ereignisse der letzten Wochen ganz bedeutend verstärkt. Die Entwicklung hat gezeigt, daß ein Zusammenwohnen von Deutschen und Juden unerträglich geworden ist. Die Durchführung des Mietvertrages ist durch die Person des Mieters, durch seine Zugehörigkeit zur jüdischen Rasse gefährdet, weil sie die Bildung einer Hausgemeinschaft, die nach der heutigen Rechtsanschauung die Grundlage jedes Mietverhältnisses über eine Wohnung ist, unmöglich macht. Dem deutschen Vermieter steht daher das Recht zu, Mietverhältnisse mit Juden fristlos zu kündigen.

Das Recht der Kl. zur fristlosen Kündigung ist im vorliegenden Fall nicht etwa dadurch verbraucht, daß sie zunächst das Mietverhältnis unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfristen kündigten. Denn wenn die Kl. auch schon die ordentliche Kündigung v. 1. Nov. 1938 deshalb aussprachen, weil die Bekl. Juden sind, so haben doch erst die jüdische Mordtat von Paris am 7. Nov. 1938 und die dadurch hervorgerufenen Abwehrmaßnahmen des deutschen Volkes und der Reichsregierung die Notwendigkeit einer sofortigen räumlichen Scheidung zwischen Deutschen und Juden in voller Klarheit gezeigt.

III. Durch die fristlose Kündigung v. 17. Nov. 1938 wurde also das Mietverhältnis der Streitsteile mit sofortiger Wirksamkeit aufgelöst. Eines rechtsgestaltenden Urteilsausspruches, daß das Mietverhältnis mit sofortiger Wirkung aufgehoben werde, bedarf es nicht. Die Bekl. sind vielmehr auf Grund der fristlosen Kündigung verpflichtet, ihre Wohnung sofort zu räumen und an die Kl. herauszugeben.

(AG. Nürnberg, Urt. v. 26. Nov. 1938, 2 C 1755/38.)

Grundbuchrecht

24. KG. — §§ 22, 29 GBO.; §§ 117, 138 BGB.; §§ 322, 894 ZPO. Ein unter Verstoß gegen die guten Sitten, z. B. zur Umgehung des § 37 REG erwirktes rechtskräftiges Urteil ist keine geeignete Unterlage für eine Grundbuchberichtigung.

Eingetragener Grundstückseigentümer war früher Mathes K. Dieser ist verstorben. Er hinterließ außer der Witwe Christiane K. eine Tochter Marianne und einen Sohn Wilhelm. Seine testamentarische Alleinerbin ist die Tochter Marianne K. geworden. Diese hat laut notariell beglaubigter Urkunde v. 5. Juli 1930 den Grundbesitz an die Mutter Christiane K. für 18000 *RM* verkauft, wovon 9000 *RM* durch Übernahme einer dem Wilhelm K. zustehenden Vermächtnisforderung und weitere 9000 *RM* durch Barzahlung zu decken waren. Auf Grund der Auflassung vom 22. Juli 1930 wurde die Witwe als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen. Der Grundbesitz ist auf Grund des REG Erbhof.

Am 27. Nov. 1935 schloß die Witwe mit dem Sohn Wilhelm einen notariellen Überlassungsvertrag, durch welchen dem Wilhelm K. der Erbhof gegen Zahlung von 9000 *RM* an seine Schwester und Gewährung eines Ausgedinges an diese und an die Mutter übereignet werden sollte. Die Witwe Christiane K. beantragte beim AEG, diesen Überlassungsvertrag zu genehmigen. Das AEG machte jedoch die Genehmigung von verschiedenen Abänderungen abhängig. Mit Rücksicht hierauf nahm die Witwe den Antrag auf Genehmigung zurück. Inzwischen hatte die Witwe am 7. Jan. 1937 einen Überlassungsvertrag mit der Tochter Marianne geschlossen. Die Mutter beantragte nunmehr, diesen Vertrag anerbengerichtlich zu genehmigen. Dieser Antrag wurde vom AEG jedoch zurückgewiesen, weil Wilhelm K. als erstberufener Anerbe ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes übergangen sei. Eine Beschw. blieb ohne Erfolg.

Demnächst erhob Marianne K. gegen ihre Mutter eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Vertrages v. 5. Juli 1930 — Verkauf des Grundstücks von Marianne an die Mutter — und auf Einwilligung in die Berichtigung der auf Grund der Auflassung v. 22. Juli 1930 vorgenommenen Eintragung ihrer Mutter als Grundstückseigentümerin. Dieser Antrag war damit begründet, daß Kaufvertrag und Auflassung nichtig seien, weil sie nur zum Schein geschlossen worden seien und gegen die guten Sitten verstießen. Der Vertrag habe nämlich nicht dazu dienen sollen, der Mutter das Eigentum an dem Grundbesitz zu verschaffen; den Grundbesitz habe vielmehr Wilhelm K. erhalten sollen; nur zwecks Ersparung der Grunderwerbsteuer sei der Weg gewählt worden, den Grundbesitz zunächst an die Mutter zu überlassen, die dann ihrerseits die Übereignung an Wilhelm K. habe vornehmen sollen. Am 9. Nov. 1937 erging ein Versäumnisurteil nach dem Klageantrag, das mangels Einspruchs der Witwe rechtskräftig wurde. Auf Grund dieses Urt. beantragte Marianne K. beim GBA., sie als Eigentümerin einzutragen. Das GBA. wies jedoch den Antrag zurück mit der Begründung, daß die Witwe auf Grund der Veräußerung von 1930 Eigentümerin geworden, das erwähnte Versäumnisurteil von Marianne K. in bewußtem Zusammenwirken mit der Mutter nur erwirkt sei, um die gesetzlich notwendige anerbengerichtliche Genehmigung zu umgehen, und daß es aus diesem Grunde nicht geeignet sei, den Antrag auf berichtigende Eigentumsumschreibung zu rechtfertigen. Beschw. und weitere Beschw. hatten keinen Erfolg.

Nach § 22 GBO. hat die Berichtigung des Grundbuchs zu erfolgen, wenn entweder die Unrichtigkeit durch öffentliche Urkunden nachgewiesen oder die Berichtigung von dem Betroffenen in der Form des § 29 GBO. bewilligt wird. Der freiwilligen Bewilligung steht nach § 894 ZPO. die rechtskräftige Verurteilung des Betroffenen zur Bewilligung gleich. Da das erwähnte Versäumnisurteil sowohl die Nichtigkeit der der Eintragung der Witwe als Eigentümerin zugrunde liegenden Auflassung als auch eine Verurteilung der Witwe zur Bewilligung der Berichtigung des Grundbuchs durch Umschreibung auf Marianne K. enthält, genügt das Urt., rein äußerlich betrachtet, als Berichtigungsunterlage vom Gesichtspunkt beider vorgenannter Berichtigungsvoraussetzungen, so daß bei Unterstellung der grundbuchlichen Verwertbarkeit des Versäumnisurteils ein genehmigungsbedürftiger Veräußerungsfall i. S. des § 37 REG nicht gegeben erscheint.

Eine Nachprüfung der inhaltlichen Richtigkeit äußerlich einwandfreier Eintragungsunterlagen steht grundsätzlich dem Grundbuchrichter nicht zu. Das bedeutet hier aber nur, daß er die Gesetzmäßigkeit des Urteilserlasses und die inhaltliche Richtigkeit der in ihm getroffenen Nichtigkeitsfeststellung und Bewilligungsverurteilung nicht nachzuprüfen, insbes. keine Ermittlungen nach dieser Richtung anzustellen hat. Dagegen macht es, wie in Rspr. und Schrifttum anerkannt ist, die öffentlich rechtliche Pflicht des GBA., nicht zur Herbeiführung von Grundbuchunrichtigkeiten mitzuwirken, notwendig, daß es unter Verwertung seiner Kenntnis der Sachumstände, wenn diese Bedenken gegen die Verwertbarkeit der Eintragungsunterlagen bieten, sich hierüber ein Urt. bildet, und, wenn es auf Grund der Würdigung der ihm bekannten Sachlage die zweifelsfreie Überzeugung von der Nichtigkeit oder verfahrensrechtlichen Unverwertbarkeit der Eintragungsunterlagen erlangt, die beantragte Eintragung ablehnen muß. In diesem Sinne sind auch die Ausführungen bei Güthe-Triebel, Anm. 150 zu § 29 GBO. zu verstehen, wie ein Vergleich mit der Bem. 87 zu § 19 ergibt. Zu Unrecht glaubt daher die BeschwF. sich für ihren abweichenden Standpunkt auf diese Ausführungen berufen zu können.

Im vorliegenden Falle ist es also rechtlich zu billigen, daß die Vorinstanzen den ihnen bekannten Inhalt der Erbhofakten und der Prozeßakten bei Beurteilung der Verwertbarkeit des Inhalts des Versäumnisurteils berücksichtigt haben. Die Ausführungen des LG. laufen im Ergebnis darauf hinaus, daß es dem Versäumnisurteil wegen seiner sittenwidrigen Herbeiführung die Rechtskraftwirkung versagt und ihm aus diesem Grunde die Eignung als Unterlage für die beantragte berichtigende Umschreibung des Eigentums auf die Tochter abspricht.

Die Annahme des LG., daß die Erwirkung des Versäumnisurteils unter den geschilderten Umständen i. S. des § 138 BGB. gegen die guten Sitten verstoße, gibt zu rechtlichen Bedenken keinen Anlaß. Nach den in der höchstrichterlichen Rspr. entwickelten Grundsätzen ist die Frage nach der Unsittlichkeit aus dem Gesamtcharakter des Verhaltens der Beteiligten unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Der Gesamtcharakter ist zu erkennen aus einer zusammenfassenden Betrachtung von Inhalt (Gegenstand), Beweggrund und Zweck, wobei als Maßstab die allgemeinen Anstandsbegriffe, d. h. das von dem Anstandsgefühl aller Billig- und Gerecht-

denkenden getragene gesunde Volksempfinden zur Zeit der Abwicklung der maßgebenden Handlungen und damit zusammenhängenden Vorgänge zu gelten hat (vgl. besonders Entsch. des Senats: JFG. 17, 306 = JW. 1938, 1899[40] und RGZ. 150, 1 = JW. 1936, 1281[1] m. Anm. und die in diesen Entsch. Weiterangeführten).

Die Ausführungen des LG. lassen erkennen, daß es von dieser Begriffsbestimmung der unsittlichen Rechtshandlung ausgegangen ist. Seine auf Grund des Inhalts der Erbhofakten und der Prozeßakten getroffene Feststellung, daß die Erwirkung des Versäumnisurteils im vorerörterten Sinne sittenwidrig sei, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Das LG. konnte, wenn von dem Versäumnisurteil abgesehen wird, ohne Rechtsirrtum davon ausgehen, daß das Eigentum an dem Erbhof zur Zeit des Inkrafttretens des REG gemäß der Vermutung des § 891 BGB. der Mutter Christiane K. zustand und bei dieser bisher verblieben ist. Die Annahme des LG., daß die etwaige Absicht der Beteiligten, durch steuerfreie Veräußerung an die Mutter und von dieser an Wilhelm K. die Grunderwerbsteuerpflicht zu umgehen, die bei unmittelbarer Übereignung von Marianne an Wilhelm K. entstanden wäre, die Veräußerung an die Mutter vom Jahre 1930 weder zu einem Scheingeschäft noch zu einem unsittlichen Rechtsgeschäft mache, gibt zu rechtlichen Bedenken keinen Anlaß. Denn wenn die Beteiligten den angeblich verfolgten Zweck erreichen wollten, mußten sie zunächst die Übereignung auf die Mutter herbeiführen, also ernstlich wollen (vgl. RGZ. 84, 304 = JW. 1914, 638; HöchstRRspr. 1933 Nr. 3). Die Absicht der Beteiligten, das Eigentum über die Witwe alsbald dem Wilhelm K. zukommen zu lassen, beeinflußt die Ernstlichkeit der Übereignung an die Mutter nicht.

Eine Unsittlichkeit rechtsgeschäftlicher Maßnahmen wird dadurch, daß die Beteiligten von mehreren zur Erreichung eines bestimmten Rechtserfolges vom Gesetz eröffneten Wegen, von denen der eine unmittelbare steuerpflichtig, der andere, sich aus mehreren Rechtsgeschäften zusammensetzende, mittelbare steuerfrei ist, den letzteren beschreiten, nicht begründet.

Diese Betrachtungsweise konnte und mußte auf jeden Fall trotz Vorliegens des rechtskräftigen Versäumnisurteils angestellt werden, weil sie für die Beurteilung der Erwirkung des Versäumnisurteils vom Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit und mithin für dessen Verwertbarkeit als Unterlage zur Umschreibung des Eigentums auf Marianne K. von Bedeutung ist.

Geht man bei Würdigung der Vorgänge, die durch die Erbhofakten und die Prozeßakten dargetan werden, von dieser Rechtslage aus, so kann gegen die Feststellung des LG., daß die Erwirkung des Versäumnisurteils gegen die guten Sitten verstoße, rechtlich nichts eingewendet werden. Denn diese Akten ergeben einerseits, daß die Mutter und die Tochter gegenüber den Erbhofsbehörden selbst das Eigentum der Witwe als wirksam erworben und noch bestehend hingestellt und zunächst die Genehmigung für die Veräußerung an Wilhelm K. und danach für die Veräußerung an Marianne K. vergeblich nachgesucht, andererseits, daß sie auch noch in dem Sühnetermin v. 14. Okt. 1937 die zur Begründung der angeblichen Nichtigkeit der Veräußerung von Marianne K. an die Mutter vom Jahre 1930 in der bezeichneten Klagesache vorgebrachten Behauptungen und auch die Tatsache der Klagerhebung unerwähnt gelassen haben. Die bei dem Zustandekommen des Versäumnisurteils beteiligten Prozeßparteien wußten also, daß die Anerbenbehörden die Veräußerung des Grundbesitzes von der Mutter an die Tochter unter Übergehung des erstberufenen Sohnes nicht genehmigten und den Sohn für den geeigneten Erbhofbewirtschafter und Eigentumsanwärter hielten. Aus diesen Umständen konnte das LG. auf die Absicht von Mutter und Tochter schließen, durch einverständliche Verschaffung einer die Eintragung der Tochter als Eigentümerin ohne das Erfordernis einer anerbengerichtlichen Genehmigung ermöglichenden Eintragungsunterlage in Gestalt des Versäumnisurteils den Übergang des Eigentums auf die Tochter herbeizuführen und dadurch die berechtigten Ansprüche des Wilhelm K. zu vereiteln. In diesem Verhalten ist mit Rücksicht auf Gegenstand, Beweggrund und Zweck vom LG. ohne Rechtsirrtum ein Sittenverstoß i. S. des § 138 BGB. erblickt worden. Die rechtliche Folge dieser Sittenwidrigkeit der Erwirkung des Urt. ist allerdings nicht, wie das LG. annimmt, dessen Nichtigkeit, sondern seine Unverwertbarkeit als Unterlage für die beantragte Berichtigung des Grundbuchs, und zwar das letztere aus dem Grunde, weil die sittenwidrige Erwirkung eines Urt. eine zum Schadensersatz verpflichtende unerlaubte Handlung auch i. S. des § 826 BGB. ist. Eine Art des auf Grund der letzteren Vorschrift zu leistenden Schadensersatzes ist die Unterlassung der Vollstreckung des Urt. (vgl. RGZ. 78, 393 = JW. 1912, 537[16]; JW. 1934, 613; RGRKomm., 8. Aufl., Anm. 5 zu § 826; Jonas, 15. Aufl., Anm. X zu § 322; a. M. Baumbach, 17. Aufl., Anm. 1f zu § 322 ZPO.). Es soll also der mit dem sittenwidrig erwirkten Urt. bezweckte Erfolg nicht herbeigeführt werden dürfen, das Urt. also für Vollstreckungszwecke nicht verwertbar sein. Liegt, wie bei einem Urt. aus § 894 ZPO., bereits in dem Urteilsausspruch selbst eine Vollstreckungswirkung, insofern, als die Erklärung mit Eintritt der Rechtskraft als abgegeben gilt, so entspricht es dem Grundgedanken der §§ 138, 826 BGB., dem Urt. die Eignung und Verwertbarkeit im Rechtsverkehr, insbes. als Unterlage für Grundbucheintragungen zu versagen. Die von der weiteren Beschw. angeführten RGEntsch. enthalten keine den vorstehenden Beurteilungen entgegenstehende Grundsätze.

Hiernach ist der Antrag, das Eigentum im Berichtigungswege auf Marianne K. umzuschreiben, im Ergebnis mit Recht zurückgewiesen. Die Eintragung kann, wie das GBA der Antragstellerin vor der Ablehnung des Berichtigungsantrages zutreffend mitgeteilt hat, nur im Rechtsänderungswege mit Genehmigung des AEG erfolgen.

Mit Rücksicht darauf, daß im vorliegenden Falle die Verwertbarkeit des rechtskräftigen Versäumnisurteils zweifelsfrei aus dem Gesichtspunkt des Verstoßes gegen die guten Sitten folgt, kann dahingestellt bleiben, ob nicht unter der Geltung des REG in allen Fällen, in denen die Unrichtigkeit der Eintragung des Eigentums an einem Erbhof nicht zweifelsfrei nachgewiesen ist, für die Eigentumsumschreibung auf Grund einer Berichtigungsbewilligung die anerbengerichtliche Genehmigung zu erfordern ist. Ebenso kann unerörtert bleiben, ob ein rechtskräftiges Urt., das unter der Geltung des REG die Nichtigkeit einer Auflassung ohne Genehmigung des AEG feststellt, eine genügende Grundlage für die Umschreibung des Eigentums an einem Erbhof bilden kann.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 10. Nov. 1938, 1 Wx 509/38.) [H.]

*

25. KG. — § 29 GBO.; §§ 177, 185 BGB.; Art. II § 5 der 10. DurchfVO. v. 16. Sept. 1937 z. DevG. (RGBl. I, 1018).

1. Ein in der Form des § 29 GBO. abgegebenes Vollmachtsgeständnis darf einer Eintragung im Grundbuch nur dann zugrunde gelegt werden, wenn der Aussteller im Zeitpunkt der Abgabe des Geständnisses die unbeschränkte Verfügungsmacht hinsichtlich des Gegenstandes, über den auf Grund der angeblichen Vollmacht verfügt ist, besitzt.

2. Die rechtsgeschäftliche Genehmigung (§§ 177, 185 BGB.) ist eine Verfügung i. S. des Art. II § 5 der 10. DurchfVO. zum DevG.

Im Zeitpunkt der am 24. Jan. 1935 erfolgten Abtretung der beiden Grundschulden und der Übergabe der Briefe, durch die sich — ihre Wirksamkeit vorausgesetzt — der Übergang der Grundschulden außerhalb des Grundbuchs gemäß den §§ 1154 Abs. 1, 1192 BGB. vollzogen haben würde, war der eingetragene Gläubiger Joseph Sch. noch Deviseninländer. Deshalb würde die Beibringung einer Devisengenehmigung entbehrlich sein, wenn die notariell beglaubigte Vollmacht v. 13. Aug. 1934, auf Grund deren die Abtretung seinerzeit vorgenommen worden ist, vorgelegt werden könnte. Die Tatsache, daß eine wirksam erteilte Vollmacht in dem maßgebenden Zeitpunkt fortbestanden hat, ist entgegen der Annahme des LG. nach der ständigen Rspr. des Senats (JFG. 1, 328 mit weiteren Nachweisen; HöchstRRspr. 1931 Nr. 1038; vgl. auch Güthe-Triebel, 6. Aufl., S. 2058) keine Eintragungsvoraussetzung i. S. des § 29 Abs. 1 S. 2 GBO., die, falls sie nicht bei dem GBA. offenkundig ist, stets des Nachweises durch öffentliche Urkunden bedürfte. Vielmehr hat das GBA. hierüber in freier Beweiswürdigung aller in Betracht kommenden ihm bekannten Tatsachen und unter Berücksichtigung der allgemeinen Erfahrungssätze zu entscheiden. (Wird ausgeführt.) Bei zusammenhängender Würdigung aller Umstände ist anzunehmen, daß die Vollmacht v. 13. Aug. 1934 im Zeitpunkt der Abtretung noch fortbestanden hatte.

Hiernach bleibt zu prüfen, ob sich die Beibringung der Devisengenehmigung durch Vorlage der notariell beglaubigten Vollmachtsgeständnisurkunde v. 18. Juli 1938 erübrigt. Der grundbuchmäßige Nachweis einer Vollmachtserteilung kann nun zwar grundsätzlich sowohl durch Vorlage einer Vollmachtsverfügungsurkunde, d. h. einer Urkunde, in der der Vollmachtgeber die Vollmacht erteilt, als auch durch Vorlage einer Vollmachtsgeständnisurkunde, d. h. einer Urkunde, in der der Vollmachtgeber erklärt, daß er die Vollmacht erteilt habe, geführt werden (RGZ. 104, 361; KG.: HöchstRRspr. 33 Nr. 1012; OLG. Kolmar: OLG. 12, 153; Güthe-Triebel § 29 Anm. 12 und S. 2050). Dieser Grundsatz erleidet indes eine Einschränkung. Ein in der Form des § 29 GBO. abgegebenes Vollmachtsgeständnis beweist nur, daß die Erklärung abgegeben, nicht aber daß ihr Inhalt richtig ist, d. h. der materiellen Rechtslage entspricht. Trotzdem darf das

GBA. davon ausgehen, daß auch der Inhalt einer solchen Erklärung richtig ist, wenn und soweit der Erklärende den erstrebten Erfolg ohnehin in anderer Weise als durch Vorlage der Vollmachtsverfügungsurkunde, insbes. durch eine Genehmigung des von dem Vertreter seiner Zeit vorgenommenen Rechtsgeschäfts erreichen könnte. In einem solchen Falle hat das GBA. keinen Anlaß, die inhaltliche Richtigkeit der Erklärung in Zweifel zu ziehen. Anders ist die Rechtslage zu beurteilen, wenn dem GBA. bekannt ist, daß dem Erklärenden im Zeitpunkt der Abgabe des Vollmachtsgeständnisses die unbeschränkte Verfügungsmacht hinsichtlich des Gegenstandes, über den auf Grund der angeblichen Vollmacht verfügt ist, nicht mehr zusteht und er deshalb den erstrebten Erfolg auf anderem Wege, insbes. durch Genehmigung, nicht erreichen könnte; denn in ihrer inhaltlichen Bedeutung und ihrer Wirkung steht die Erklärung, daß der als Vertreter Aufgetretene im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts Vertretungsmacht besessen habe, einer Genehmigungserklärung insofern gleich, als sie wie diese zum Ausdruck bringt, daß der Vertretene das vom Vertreter vorgenommene Rechtsgeschäft für sich gelten lassen wolle. Dann darf das Vollmachtsgeständnis einer Eintragung im Grundbuch nicht zugrunde gelegt werden. So liegt die Sache hier. Joseph Sch. ist in der Zeit nach der Abtretung der Grundschulden und vor der Abgabe des Vollmachtsgeständnisses Devisenausländer geworden. Er ist damit nach Maßgabe der Devisengesetzgebung in der Verfügung über seine Grundschulden beschränkt. Das gilt insbes. auch von der Genehmigung des Rechtsgeschäfts, wie die nachstehenden Ausführungen beweisen.

Die von Joseph Sch. in der Urk. v. 18. Juli 1938 vorsorglich erklärte Genehmigung i. S. der §§ 177, 184 BGB. (RGZ. 69, 267 = JW. 1908, 709 und Warn. 1926 Nr. 93) ist eine Vfg. i. S. des Art. II § 5 der 10. DurchfVO. zum DevG. Nach dieser Bestimmung bedarf die Verfügung über ein im Inland gelegenes Grundstück eines Ausländers oder über ein Recht eines Ausländers an einem solchen Grundstück der Genehmigung der Devisenstelle. Da diese Vorschrift nicht besonders ausspricht, was sie unter Verfügung verstanden wissen will, ist der Begriff der Verfügung grundsätzlich dem allgemeinen bürgerlichen Recht zu entnehmen, jedoch nur insoweit, als die besonderen Zwecke der Vorschrift nicht eine abweichende Auslegung des Begriffs der Verfügung erfordern (KG.: JFG. 17, 184 = JW. 1938, 1037; Hartenstein, „Devisennotrecht“, 1936, § 9 DevG., Anm. 7 S. 100 ff.; Schulz: JW. 1937, 2940). Nach ihrer Bedeutung im allgemeinen bürgerlichen Recht sind Verfügungen diejenigen Rechtsakte, die auf eine unmittelbar dingliche Wirkung auf das betroffene Recht abzielen. Das ist der Fall, wenn sie eine Übertragung, Belastung, Änderung oder Aufgabe des Rechts zum Gegenstand haben. So ist in der Rspr. des RG. anerkannt, daß die Einwilligung und die Genehmigung eine Verfügung i. S. des bürgerlichen Rechts enthält (RGZ. 90, 399, 400; 152, 380 = JW. 1937, 621 [10] m. Anm.). Für das Anwendungsgebiet des Devisenrechts hat das RG.: RGZ. 137, 112 = JW. 1933, 103 [5] und RGZ. 142, 410 = JW. 1934, 154 [3] den Standpunkt vertreten, daß die Einwilligung selbst nicht genehmigungspflichtig ist, weil die nachfolgende Leistung auf alle Fälle der Genehmigung der Devisenstelle bedarf (anderer Ansicht insoweit Hartenstein S. 102). Anders ist die Rechtslage aber bei der rechtsgeschäftlichen Genehmigung. Diese bereitet nicht, wie die Einwilligung, eine Verfügung vor, schließt vielmehr, wenn auch gemäß den §§ 177, 184 BGB. mit rückwirkender Kraft, ein in der Vergangenheit liegendes Verfügungsgeschäft ab. Während also die Einwilligung in eine Verfügung den Beteiligten eine die Zwecke der Devisenbewirtschaftung (vgl. Marwede: Devisenarchiv 1937, 1127) vereitelnde oder auch nur gefährdende dingliche Maßnahme aus dem Grunde noch nicht ermöglicht, weil der Erfolg, die Rechtsänderung selbst, nicht ohne Genehmigung der Devisenstelle eintreten kann, muß mit dieser Möglichkeit bei der Erteilung der rechtsgeschäftlichen Genehmigung gerechnet werden. Deshalb ist es geboten, die Genehmigung des Vertretenen zu einer von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht vorgenommenen Verfügung (oder die Genehmigung des Berechtigten zu der Verfügung eines Nichtberechtigten) selbst auch als eine Verfügung i. S. des § 5 der 10. DurchfVO. zum DevG. aufzufassen.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 27. Okt. 1938, 1 Wx 479/38.) [H.]

*

26. KG. — Tit. I § 50, Tit. II § 80 PrAllgHypO. v. 20. Dez. 1783. Ein im Gebiete des gemeinen Rechtes begründetes persönliches Wiederkaufsrecht durfte auf Grund der PrAllgHypO. vom 20. Dez. 1783 nicht in das Hypothekenbuch eingetragen werden und erlangte durch eine gleichwohl vorgenommene Eintragung keine dingliche Wirkung.

Auf dem Grundbuchblatte ist bei Anlegung des Grundbuches (Hypothekenbuches) im Jahre 1819 in Abt. II unter Nr. 1 ein Wiederkaufsrecht zugunsten der Erben H. und ihrer Nachkommen eingetragen worden. Das GBA. löschte die Eintragung. Das KG. wies die weitere Beschw., mit der die Eintragung eines Amtswiderspruchs verlangt wurde, zurück.

Zur Zeit des Abschlusses des Vertrages von 1801 galt im Gebiete von Münster das gemeine Recht (Neigebaur, „Gesetzgebung und Gerichtsverfahren im Bezirke des OLG. Hamm“, 1822, S. 24). Danach begründete ein vertragsmäßig eingeräumtes Wiederkaufsrecht lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch des Verkäufers gegen den Käufer und dessen Erben; es wirkte aber nicht gegen einen sonstigen Erwerber des Grundstückes, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob dieser von dem Bestehen des Wiederkaufsrechts Kenntnis hatte oder nicht (Windscheid-Kipp, Pandekten II § 388 S. 642; Gierke, „Deutsches Privatrecht“ III § 195 VI; vgl. auch Obertribunal: StriethArch. 93, 318). Das Recht entbehrte also jeder dinglichen Wirkung. Hieran änderte das Inkrafttreten des PrALR. nichts, das zunächst durch ein Patent v. 25. April 1803 und später (nach der zwischenzeitigen Geltung des code civile) von neuem durch das Patent v. 9. Sept. 1814 in Münster eingeführt wurde. Das Wiederkaufsrecht des ALR. war allerdings auch schon ohne seine Eintragung in das Hypothekenbuch kein schuldrechtlicher Anspruch. Es wirkte nach Art einer der Eigentumsübertragung beigefügten (auflösenden) Bedingung ohne weiteres gegen jeden Dritten, der davon Kenntnis hatte, und bei Eintragung sogar gegen den Gutgläubigen (§§ 264, 265, 311 I 11 ALR.). Diese Vorschriften galten aber nicht für Wiederkaufsrechte, die schon in einem vor dem Inkrafttreten des ALR. abgeschlossenen Vertrage begründet waren (Publikationspatent vom 5. Febr. 1794 Ziff. X und XI). Hierüber besteht kein Zweifel. Dagegen ist streitig, ob Wiederkaufsrechte, auch wenn sie — unter der Geltung des gemeinen Rechtes — als rein persönliche begründet worden sind, dennoch auf Grund der PrAllgHypO. vom 20. Dez. 1783 in das Hypothekenbuch eingetragen waren, hierdurch zu dinglichen Rechten wurden. Die AllgHypO. wurde durch das Patent v. 9. Sept. 1814 in den mit Preußen wieder vereinigten Provinzen, darunter im Gebiet von Münster, eingeführt, stand also zur Zeit der hier zu beurteilenden Eintragung vom Jahre 1819 bereits in Geltung. Der Tit. I § 50 lautet: „Unter die Realverbindlichkeiten, welche bei dieser Rubrik (der zweiten) zu vermerken, gehören alle diejenigen, wodurch die Befugnis des Besitzers, mit dem Grundstück zu disponieren, auf eine oder die andere Art eingeschränkt wird, z. E. die Lehnbarkeit, die Qualität eines Fideikommisses, Majorats oder Seniorats, Substitutionen; Näher-Recht; pecta retrovenditionis, protimiseos, addictionis in diem...“ Eine entsprechende Aufzählung findet sich in Tit. II § 80.

Die wiedergegebenen Vorschriften sind vom PrObTrib. in einer Entsch. v. 5. April 1875 (Entsch. des ObTrib. 75, 36 und StriethArch. 93, 311) bei Gelegenheit der Anwendung des § 11 des späteren PrGes. v. 21. März 1868, sowie des § 11 PrEigentumserwerbsG. v. 5. Mai 1872 dahin ausgelegt worden, daß alle Wiederkaufsrechte ohne Ausnahme als eintragungsfähige Eigentumsbeschränkungen anerkannt worden seien. Diese Auffassung begegnet jedoch, obwohl sie durch die in der Entscheidung dargelegte Entstehungsgeschichte des § 11 PrGes. v. 21. März 1868 (betr. eine HypO. für Neuvorpommern) bestätigt zu werden scheint, erheblichen Bedenken. Die AllgHypO. behandelt in Tit. I § 50 nur „Realverbindlichkeiten, durch welche die Befugnis des Besitzers, mit dem Grundstück zu disponieren ... eingeschränkt wird“. Dazu gehören bei richtiger Rechtsanschauung rein persönliche Ansprüche nicht, weil sie im Falle ihrer Verletzung nur eine Schadensersatzpflicht des durch den zugrunde liegenden Vertrag gebundenen Schuldners erzeugen, diesen aber in der wirksamen Verfügung über das Grundstück in keiner Weise behindern und dritten Erwerbern, auch wenn sie von dem Bestehen des Anspruches Kenntnis gehabt haben, nicht entgegengehalten werden können. Der Unterschied zwischen persönlichen und dinglichen Rechten war nun zur Zeit der Schaffung der PrAllgHypO. noch nicht so klar herausgearbeitet, wie das später, insbes. auf der Grundlage des BGB. geschehen ist. So erklärt es sich, daß Tit. I § 50 die „pacta retrovenditionis“ schlechthin als „Exempel“ für die eintragbaren Realverbindlichkeiten aufführt. Diese offenbar zu weitgehende „Exemplifizierung“ nötigt aber nicht zu der Auffassung, daß das Gesetz damit die Behandlung als Realverbindlichkeiten auch für solche Wiederkaufsrechte habe vorschreiben wollen, die bei der wissenschaftlich allein richtigen Auffassung in Wahrheit keine Eigentumsbeschränkungen waren. Vielmehr ist der entscheidende Wert auf die Vorschrift zu legen, daß „Realverbindlichkeiten“, d. h. nur wirkliche Eigentumsbeschränkungen, eingetragen werden sollten, der beispielsweisen Aufführung der „pacta retrovenditionis“ aber nur die Bedeutung beizumessen, daß damit auf die Wiederkaufsrechte hingewiesen werden sollte, die ja, soweit sie auf einer

deutsch-rechtlichen Grundlage (oder später auf dem ALR.) beruhten, in der Tat schon ihrem vertraglichen Inhalt nach gewisse Wirkungen gegen Dritte äußerten und insofern den Eigentümer in der vollwirksamen Verfügung über das Grundstück beschränkten. Die Worte „z. E. pacta retrovenditionis" versuchen danach nur (in nicht ganz gelungener Weise) eine Nutzanwendung des hinsichtlich der „Realverbindlichkeiten" vorher aufgestellten Rechtssatzes zu erläutern, jedoch ohne die Absicht, diesen Rechtssatz damit in wissenschaftlich unhaltbarer Weise über seine Grenzen hinaus zu erweitern. Demgemäß wenden sich auch Achilles-Strecker („Die preußischen Gesetze über Grundeigentum und Hypothekenrecht, EigentumserwerbsG. § 11 Anm. III 1 b Abs. 2) mit Recht gegen die Entscheidung des ObTrib., indem sie dabei, ähnlich wie dieses die AllgHypO. zur Auslegung der späteren Gesetze herangezogen hatte, auf die Bestimmungen des aus der AllgHypO. hervorgegangenen PrEigentumserwerbsG. verweisen. Auch der § 11 des letzteren Gesetzes spricht von „Beschränkungen des Eigentums" als eintragungsfähigen und zur Ausschließung eines gutgläubigen Erwerbes eintragungsbedürftigen Rechtsverhältnisses. Zugleich wird in § 4 klargestellt, daß selbst die Kenntnis des Erwerbers von einem älteren Rechtsgeschäft, welches für einen anderen ein Recht auf Auflassung des Grundstückes begründet, also z. B. von einem rein persönlichen Wiederkaufsrecht, einem Eigentumserwerbe nicht entgegensteht. Es ist nicht anzunehmen, daß § 11 EigentumerwerbsG. gegenüber dem Tit. I § 50 AllgHypO. einen neuen Begriff der „Eigentumsbeschränkungen" hat einführen wollen. Die Eigentumsbeschränkungen nach § 11 werden aber auch vom RG. dahin verstanden, daß sie eine nur obligatorische Pflicht des Eigentümers, einem anderen das Eigentum einzuräumen, nicht umfassen (RGZ. 18, 300; 21, 315). Daß bei den Landtagsverhandlungen über den § 11 Ges. v. 21. März 1868 ein Vorschlag abgelehnt worden ist, die Eintragbarkeit von Wiederkaufs- und Vorkaufsrechten, sowie von Veräußerungsbeschränkungen durch den Zusatz „Soweit solche nach dem bisherigen Rechte einen dinglichen Charakter haben" einzuschränken, läßt sich wiederum aus der damals noch herrschenden Unklarheit über die Abgrenzung des Begriffes der Dinglichkeit erklären. Durch den Zusatz hätte der (nicht gewollte) Eindruck entstehen können, als ob das Gesetz Wiederkaufsrechte u. dgl. schon dann von der Eintragung ausschließen wollte, wenn sie ohne eine solche gutgläubigen Dritten gegenüber wirkungslos waren, also insbes. die Wiederkaufs- und Vorkaufsrechte des ALR. Das sollte vermieden werden. Wie nahe eine solche Gefahr gelegen haben würde, zeigen die Ausführungen des ObTrib. selbst (StriethArch. 93, 319), insofern dort von den „persönlichen Dispositionsbeschränkungen" gesagt wird, daß sie ohne Eintragung eine Wirkung gegen Dritte nur erlangten, wenn sie diesen bekannt seien. Die Wirkung gegen Dritte ist aber, mag sie auch durch die Gutgläubigkeit eines Erwerbers ausgeräumt werden können, gerade das Zeichen für die Dinglichkeit (vgl. jetzt §§ 932, 892 BGB.). Hiernach darf daraus, daß Rechte mit solchen Inhalt von der Eintragung nicht ausgeschlossen werden sollten, noch nicht gefolgert werden, daß man auch rein persönlichen Rechten, die nach ihrer vertraglichen Grundlage lediglich schuldrechtlicher Natur waren, die Möglichkeit der Eintragung eröffnen und ihnen mit der Eintragung eine von den Vertragsparteien niemals gewollte erweiterte Bedeutung geben wollte. Jedenfalls ist ein solcher Wille im Gesetz selbst, insbes. im Tit. I § 50 AllgHypO. nicht zum Ausdruck gekommen.

Aus dieser Rechtslage ergibt sich, daß die in Frage stehende Eintragung des persönlichen Wiederkaufsrechtes aus dem Vertrage von 1801 schon bei ihrer Vornahme im Jahre 1819 unzulässig gewesen ist.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 27. Okt. 1938, 1 Wx 511/38.) [H.]

Handelsrecht

27. RG. — §§ 210 ff. HGB.; § 101 Abs. 1 AktG.; § 823 Abs. 1 BGB. Wird auch das gesamte Aktienrecht von einer Treupflicht beherrscht, die jedem Aktionär der Gesellschaft gegenüber obliegt, so ergibt sich daraus aber nichts für die Annahme einer Treupflicht der Aktionäre untereinander, wenigstens nicht für das bis zum Inkrafttreten des AktG. geltende Recht. — Zur Rechtsnatur der Aktie.

Der BerR. geht davon aus, der Erstkl. und die Erstbekl. hätten sich nicht nur als Aktionäre, sondern auch in der Stellung der Mitgründer gegenübergestanden, und meint, wenn auch die in den Briefen v. 23. März 1927 niedergelegten Nebenabreden, nämlich die über die wechselseitigen Vorkaufsrechte und über die an den Erstkl. und an die Erstbekl. zu zahlenden Vergütungen, nicht in den förmlichen Gesellschaftsvertrag aufgenommen worden seien, so hätten doch durch diese unmittelbare Ansprüche unter den Beteiligten begründet werden sollen. Hierdurch sei ein Rechtsverhältnis mit beherrschendem gesellschaftsrechtlichen Einschlag begründet worden. Die wesentlichste allgemeine Vertragspflicht aus dieser Bindung eigener Art sei dieselbe Treupflicht, die unter Gesellschaftern bestehe. Sie habe geboten, daß die beteiligten Gründer in den allgemein gezogenen Grenzen alles dem Nutzen des anderen Teils Dienliche tun und alles ihm Abträgliche unterlassen müßten. Sie hätten einander für die Sorgfalt eines ordentlichen Gesellschafters einzustehen und hafteten für bedingt vorsätzliche, wie für vorsätzliche Verletzungen der Treupflicht.

Diese Auffassung des BerR. beruht aber auf einer Verkennung der Pflichten, die für die Gründer einer Aktiengesellschaft und für die durch Nebenabreden verpflichteten Aktionäre bestehen. Denn die sich aus dem Gründungsvertrag ergebenden Verpflichtungen sind grundsätzlich mit der Gründung der Gesellschaft erfüllt; wenn wie im vorliegenden Falle an der Gründung Strohmänner beteiligt sind, so ergeben sich zwar daraus noch besondere Verpflichtungen hinsichtlich der Übertragung der Aktien auf die hinter diesen stehenden Beteiligten. Aber auch diese Verpflichtung reicht nicht über die Übertragung der Aktien hinaus. Die Annahme ist unzutreffend, durch den Gründungsvertrag als solchen schon würden weitergehende, über die Errichtung der Aktiengesellschaft und ihre den Gründungsvertrag entsprechende Ausgestaltung hinausreichende Verpflichtungen der Gründer und künftigen Aktionäre untereinander der Art begründet, wie es nach Ansicht des BerR. der Fall sein soll. Deshalb muß der Umstand, daß die Parteien durch den Gründungsvertrag gebunden waren, für die Frage, ob auch nach erfolgter Gründung ein vertragliches Treueverhältnis bestand, ausscheiden. Auch aus den beiden Nebenabreden kann keine derartige, über die Abreden selbst hinausgehende Bindung der Beteiligten gefolgert werden. In der einen Vereinbarung sichern die Beteiligten sich Vorkaufsrechte zu, in der anderen verpflichten sich der Erstkl. und die Erstbekl. gegenseitig, in der zu gründenden Aktiengesellschaft dafür zu stimmen, daß jeder von ihnen jährlich bis zu 20 000 RM für eine besondere Tätigkeit erhält, bis die Auszahlungen 160 000 RM erreicht haben. Es fehlt aber an jeder Grundlage, aus diesen beiden eng umgrenzten Vereinbarungen auf die Begründung eines Vertragsverhältnisses zu schließen, das über die in diesen Abreden übernommenen Verpflichtungen hinaus weitere Bindungen der Beteiligten begründen könnte, insbes. eine solch weitgehende Bindung herzuleiten, wie dies der BerR. tut, wenn er diesen Sonderabreden entnimmt, die beteiligten Gründer seien dadurch unter- und gegeneinander verpflichtet worden, selbst für die Zeit nach Errichtung der Aktiengesellschaft, in den allgemein gezogenen Grenzen alles dem Nutzen des anderen Teils Dienliche zu tun und alles ihm Abträgliche zu unterlassen. Auch aus den sonstigen Umständen — Aufteilung der Aktien unter wenige bestimmte Rechtsträger und der sich aus dem gegenseitigen Vorkaufsrecht ergebenden, wenn auch auf den Vorkaufsfall beschränkten, gewissen Sicherung gegen das Eindringen Dritter — läßt sich nichts i. S. der Auffassung des BerR. herleiten. Endlich auch nicht daraus, wie die Kl. in der mündlichen Verhandlung vor dem RevG. ausgeführt haben, daß sich die Kl. schon bei der Gründung bereit erklärt haben sollen, die in ihren Händen befindliche „Rohstoffbasis" an die Aktiengesellschaft abzutreten, und auch nicht daraus, daß sie nach der Gründung der Gesellschaft im April 1928 die in ihrem Besitz befindlichen Rechte an dieser „Basis" kostenlos der Gesellschaft überlassen haben. Wenn die Beteiligten vertraglich weitere Bindungen hätten eingehen wollen, so hätte dem allerdings nichts im Wege gestanden. Sie hätten im allgemeinen Rahmen der Gesetze hinsichtlich der Wahrnehmung und Ausübung ihrer Aktionärrechte und ihrer in der Aktiengesellschaft gebundenen Interessen und Belange umfassende gesellschaftsrechtliche Bindungen und Verpflichtungen eingehen und so neben der Aktiengesellschaft unter sich eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft gründen können. Daß die Beteiligten als Großkaufleute sich der Möglichkeit derartiger Vereinbarungen bewußt waren, er-

gibt sich aus der von ihnen vereinbarten Stimmrechtsbindung über die Sondervergütungen. Sie haben dies aber ,und zwar, wie angenommen werden muß, bewußt nicht getan, es vielmehr bei Sonderabreden ganz bestimmter Art und bestimmten Inhalts (Vorkaufsrecht, beschränkter Stimmbindungsvertrag) bewenden lassen. Um so weniger läßt sich angesichts dessen eine neben dem Aktionär- bzw. Mitaktionärverhältnis hergehende stillschweigend getroffene gesellschaftsrechtliche Abmachung allgemeinen Inhalts rechtfertigen, wie sie nach Ansicht des BG. getroffen sein soll.

Bei dieser Sachlage kommt es aber darauf an, ob — wie die Rev. der Kl. weiter geltend macht — ein gesetzliches Treueverhältnis zwischen den Kl. und der Erstbekl. als Aktionären besteht. Der BerR. brauchte bei seiner Auffassung vom Bestehen eines besonderen Vertragsverhältnisses hierzu keine Stellung zu nehmen. Der erk. Sen. hat bisher eine Treupflicht der Aktionäre nur gegenüber der Aktiengesellschaft selbst bejaht (RGZ. 146, 71 = JW. 1935, 1236 [6] m. Anm. und RGZ. 146, 385 = JW. 1935, 1550 [1] m. Anm.), dagegen zu der jetzt zu erörternden Frage noch keine Stellung genommen. Wie in der letztgenannten Entsch. ausgeführt ist, wird allerdings auch das gesamte Aktienrecht von einer Treupflicht beherrscht, die jedem Aktionär der Gesellschaft gegenüber obliegt, und hat sich der Aktionär bei allen seinen Maßnahmen als Glied der Gemeinschaft zu fühlen, der er angehört, und ist gehalten, die Treupflicht gegenüber dieser Gemeinschaft zur obersten Richtschnur seines Handelns zu machen. Daraus ergibt sich aber — wenigstens für das bis zum Inkrafttreten des AktG. geltende Recht, auf das es hier allein ankommt — nichts für die Annahme einer Treupflicht der Aktionäre untereinander. Gegen diese könnte sprechen, daß bei der Aktiengesellschaft der personenrechtliche Einschlag stark zurücktritt mit der Folge, daß sich die Aktionäre untereinander vielfach nicht einmal persönlich kennen und um ihre gegenseitigen Belange nicht wissen können, und nicht zu wissen brauchen. Dazu kommt, daß das einen anderen Aktionär schädigende Verhalten eines Aktionärs sehr wohl durch seine berechtigten Belange und deren Wahrnehmung gedeckt sein kann. Diese Erwägungen führen auf alle Fälle dazu, daß, wollte man auch eine Treupflicht der Aktionäre untereinander für das frühere Recht annehmen, eine Schadensersatzpflicht doch nur bei vorsätzlicher Schädigung der in der Aktiengesellschaft gebundenen Belange des Mitaktionärs anerkannt werden könnte, die sich nicht von der Haftung aus unerlaubter Handlung unterscheiden würde. Eine gesetzliche Haftung für grobe oder gar leichte Fahrlässigkeit bei Schädigung anderer Aktionäre durch Mitaktionäre wäre auch mit der Eigenart dieser kapitalistischen Gesellschaftsform nicht zu vereinigen. Gegen die Annahme einer derartigen Haftung spricht auch, daß im AktG., das in § 101 Abs. 1 eine gegenüber dem bisherigen Rechtszustand erweiterte Haftung der Aktionäre gegenüber der Gesellschaft und den Mitaktionären bestimmt, sich diese Haftung nur auf vorsätzliches Handeln bezieht. — Anders liegt die Sache dann, wenn neben dem Aktienverhältnis besondere vertragliche Bindungen unter den Aktionären bestehen.

Die Rev. rügt in diesem Zusammenhang weiter, der BerR. habe eine Haftung der Bekl. aus § 823 Abs. 1 BGB. prüfen müssen, da das Recht des Aktionärs an der Aktiengesellschaft, verkörpert durch die Aktien, ein „sonstiges Recht" i. S. des § 823 Abs. 1 BGB. sei, und der Anteil an der Aktiengesellschaft einen Anteil an dem „eingerichteten Gewerbebetrieb" darstelle. Die Kl. haben bisher keine Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB. geltend gemacht; sie ist aber auch nicht gegeben. Denn die Aktie begründet für den Aktionär die Mitgliedschaft in der Aktiengesellschaft, sie verschafft ihm aber nicht auch einen unmittelbaren Anteil an dem eingerichteten Gewerbebetrieb, der vielmehr nur der Aktiengesellschaft selbst zusteht. Dagegen wird die Aktie zwar als ein „sonstiges Recht" i. S. des § 823 Abs. 1 BGB. anzusehen sein (vgl. RGZ. 100, 278 für den Anteil an einer GmbH.), sie wird aber nicht dadurch i. S. dieser Bestimmung widerrechtlich verletzt, daß ihr Wert durch Handlungen, die den Wert und die Ertragsfähigkeit der Aktiengesellschaft schmälern, gemindert wird, sondern nur dadurch, daß der Aktionär um die Aktienrechte selbst ganz oder teilweise gebracht wird. Deshalb kommt eine Haftung der Bekl. aus § 823 Abs. 1 BGB. aus Rechtsgründen nicht in Frage.

(RG., II. ZivSen., U. v. 28. Sept. 1938, II 183/37.) [Ba.]

*

28. OLG. — §§ 35 ff. GmbHG. Sind beide Gesellschafter einer Gesellschaft vertretungsberechtigt, so kann der eine Gesellschafter die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, wonach Gesamtvertretung vorgeschrieben ist, auch dann nicht einseitig aufheben, wenn er (was unerörtert bleibt) wegen Vorliegens eines wichtigen Grundes berechtigt wäre, den anderen Gesellschafter als Geschäftsführer abzuberufen. †)

Der Bekl. und der im vorl. Rechtsstreit als der Vertreter der Kl. auftretende H. sind je zur Hälfte Gesellschafter der Kl. und beide deren Geschäftsführer. Nach § 6 des Gesellschaftsvertrages wird die Gesellschaft durch einen oder mehrere Geschäftsführer vertreten; sind mehrere Geschäftsführer vorhanden, so vertreten je zwei derselben die Gesellschaft gemeinschaftlich. Nach § 7 erfolgt die Beschlußfassung in Gesellschaftsangelegenheiten mit Stimmenmehrheit; bei Stimmengleichheit entscheidet auf Anrufen eines Gesellschafters ein von der Industrie- und Handelskammer ernannter Schiedsrichter, in Personalangelegenheiten die DAF.

Nach dem Gesellschaftsvertrage kann die Gesellschaft zwar durch einen Geschäftsführer vertreten werden. In dem Beschluß, einen zweiten Geschäftsführer zu bestellen, liegt aber nach dem Gesellschaftsvertrage zugleich der Beschluß, daß bis auf weiteres nur eine Gesamtvertretung stattfinden solle. Ob die Abberufung des Bekl. als Geschäftsführer gegen seine Stimme allein durch die Stimme des — lediglich gleichberechtigten — Gesellschafters wegen Vorliegens eines wichtigen Grundes rechtswirksam ist, soll hier nicht erörtert werden. Bei Unterstellung der Rechtswirksamkeit dieser Abberufung würde die Kl. zur Zeit nur einen Geschäftsführer haben. Mit diesem Abberufungsbeschluß ist aber noch nicht der Gesellschafterbeschluß beseitigt, durch den bis auf weiteres eine Gesamtvertretung durch zwei Geschäftsführer beschlossen war. Dieser Beschluß kann nur durch einen weiteren Gesellschafterbeschluß aufgehoben werden. Es besteht nun jedenfalls keine Veranlassung, den Bekl. als Gesellschafter von der Mitwirkung bei einer Beschlußfassung hierüber oder über die Bestellung eines anderen Geschäftsführers auszuschließen. Wenn der — über eine dem Gegner gleiche Stimmberechtigung verfügende — Bekl. seine Mitwirkung zur Aufhebung der Gesamtvertretung und zur Bestellung eines anderen Geschäftsführers versagt, dann tritt zunächst das im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Schiedsverfahren in Wirksamkeit. Wenn dieses nicht zum Ziele führt, dann kann, da die nach dem Gesellschaftsvertrage erforderliche Anzahl der Geschäftsführer nicht erreicht ist, gemäß § 29 BGB. (RGZ. 68, 180) beim AG. der Antrag auf Bestellung eines anderen Geschäftsführers gestellt werden. Denn für eine Klagerhebung gegen den Bekl. (§ 46 Ziff. 8 GmbHG.) ist die Bestellung eines weiteren Geschäftsführers zwecks ordnungsmäßiger Vertretung der Gesellschaft nötig. Auch wenn also der Bekl. bei der Beschlußfassung über die Bestellung eines ihn ersetzenden Geschäftsführers sein Stimmrecht ausüben darf und in verneinendem Sinne ausübt, kann für die Gesellschaft Rat geschaffen werden. Daß ein Gesellschafter-Geschäftsführer die ohne die für einen gültigen Gesellschaftsbeschluß erforderliche Stimmenmehrheit gültig beschlossene Gesamtvertretung beseitigt, um sich entgegen dem früheren Gesellschafterbeschlusse zum alleinigen Geschäftsführer zu machen, indem er gegen den anderen gleich stimmberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführer das Vorliegen eines wichtigen Grundes — der auch ohne Verschulden des anderen Gesellschafter-Geschäftsführers gegeben sein kann — behauptet und den anderen deshalb als Geschäftsführer abberuft, ist rechtlich nicht zulässig. Die hierdurch gefährdeten Belange des seiner Stellung entsetzten Mitgeschäftsführers und der Gesellschaft werden durch die Möglichkeit, die Gerichte anzurufen (vgl. RGZ. 138, 104 = JW. 1933, 1021 [10] m. Anm.), nicht ausreichend geschützt. — Durch die Herbeiführung einer Gesamtvertretung hatte die Gesellschaft gerade zum Ausdrucke bringen wollen, daß sie sich nicht einem Geschäftsführer allein anvertrauen wollte (Baumbach, Anm. 1 zu § 38 GmbHG.). Es ist weder der Versuch gemacht worden, durch einen Gesellschafterbeschluß oder auf dem durch den Gesellschaftsvertrag gewiesenen Wege des Schiedsverfahrens die Bestellung eines weiteren Geschäftsführers herbeizuführen, noch hat er den Weg des § 29 BGB. beschritten.

(OLG. Hamburg, 1. ZivSen., Urt. v. 12. Okt. 1938, 1 U 139/38.)

Anmerkung: Es mag unerörtert bleiben, ob prozessuale Gründe zur Klageabweisung führen müssen und geführt haben. Es handelt sich hier lediglich um die registerrechtlichen Gründe des Urteils, die vorstehend abgedruckt sind. Diese geben zu folgenden Bemerkungen Anlaß:

1. Die Vorstellung, daß „in dem Beschluß, einen zweiten Geschäftsführer zu bestellen, nach dem Gesellschaftsvertrage zugleich der Beschluß liege, daß bis auf weiteres nur eine Gesamtvertretung stattfinden solle", und daß dieser Beschluß mit dem Abberufungsbeschluß noch nicht beseitigt sei und daher erst durch einen weiteren Gesellschafterbeschluß ausdrücklich aufgehoben werden müsse, ist irrig. Das wäre nur dann zutreffend, wenn der stillschweigende Beschluß der Gesamtvertretung als Satzungsänderung — etwa in dem Sinne, daß in Abänderung des § 6 der Satzung die Gesellschaft zwei Geschäftsführer haben muß, die gemeinsam vertreten — mit Dreiviertelmehrheit ausdrücklich beschlossen, angemeldet und ins Handelsregister eingetragen worden wäre (§§ 53, 54 GmbHG.). Hier aber ist die Bestellung des zweiten Geschäftsführers gerade im Rahmen der bisherigen Satzung beschlossen worden, die in § 6 sowohl die Vertretung eines Alleingeschäftsführers als bei Mehrzahl von Geschäftsführern die Gesamtvertretung zu zweien — abweichend von § 35 GmbHG. — vorweg regelnd vorsieht. Die Gesamtvertretung zu zweien ist daher satzungsgemäß automatisch eingetreten mit Eintritt der Bedingung weiterer Geschäftsführerbestellung: es bedurfte mithin lediglich der Beschlußfassung über die Person des Geschäftsführers, nicht auch einer solchen über den Umfang der Vertretungsmacht. Ebenso automatisch tritt hier bei Abberufung eines der Geschäftsführer die volle Vertretungsmacht des verbleibenden Alleingeschäftsführers wieder ein: die Aufhebung eines die Gesamtvertretung regelnden besonderen Beschlusses, der ja nicht gefaßt war, kam hiernach nicht in Frage, ein den § 6 der Satzung ändernder Beschluß ist auch jetzt nicht erfolgt und nicht eingetragen. Es kommt mithin lediglich darauf an, ob die Abberufung des zweiten Geschäftsführers rechtswirksam beschlossen war: damit aber ist die Frage des Stimmrechts des betroffenen Gesellschafters akut geworden. Diese zu entscheiden, ist Zweck gerade eines Rechtsstreits, da das Verfahren vor dem Registerrichter zur Aussetzung des Verfahrens gemäß § 127 FGG. führen kann.

2. Die Ansicht des OLG., daß „die nach dem Gesellschaftsvertrag erforderliche Anzahl der Geschäftsführer nicht erreicht" sei und daher gemäß § 29 BGB. die Bestellung eines Geschäftsführers beantragt werden könne, wird der Registerrichter schwerlich teilen. Er wird den Antrag ablehnen, weil bei Wirksamkeit der Abberufung des betroffenen Geschäftsführers (infolge wichtiger Gründe) nach den Darlegungen zu 1 der verbleibende Geschäftsführer alleinvertretungsbefugt ist und bei Unwirksamkeit der Abberufung (mangels wichtiger Gründe) zwei gesamtvertretungsbefugte Geschäftsführer vorhanden sind, also satzungsgemäß kein Geschäftsführer i. S. des § 29 BGB. „fehlt". Die Frage des Stimmrechts kann gerade im Rahmen des § 29 BGB. der Registerrichter hier unerörtert lassen. Die Frage, um die es sich dreht, ist eben nicht die der Ersatzbestellung, sondern die der Abberufung: die Ersatzbestellung kann hier nach Inhalt des Gesellschaftsvertrages, der das Vorhandensein von zwei Geschäftsführern nicht vorschreibt, nicht akut werden; „müßten" aber nach der Satzung (was nicht der Fall ist) zwei Geschäftsführer vorhanden sein, so könnte sie nicht gelöst werden ohne Entscheidung der Vorfrage nach der Wirksamkeit der Abberufung und damit des Stimmrechts des betroffenen Gesellschafters.

Das OLG. will nun anscheinend die Notwendigkeit der Bestellung eines (dritten) Geschäftsführers mit §§ 46 Ziff. 8, 47 Abs. 4 GmbHG. begründen: der betroffene Gesellschafter, dessen Stimmrecht hinsichtlich seiner „Abberufung" unerörtert bleibt, habe für den Beschluß der Klagerhebung gegen sich kein Stimmrecht und sei, nachdem die Klagerhebung vom Gegner allein wirksam beschlossen sei, rechtlich behindert, in dem gegen ihn anzustrengenden Prozeß die klagende Gesellschaft mitzuvertreten, so daß zu ihrer Gesamtvertretung ein Geschäftsführer vorübergehend „fehle" (vgl. Groschuff: JurRdsch. 1933, 221, 224). Allein, nach unstreitiger Rechtsansicht ist im Registerrecht § 29 BGB. nur subsidiär anzuwenden, d. h. soweit nicht schon anderweit die gesetzliche Regelung abschließend erfolgt ist. Das ist aber hier der Fall: es handelt sich nämlich nicht um die Bestellung eines Kollektivgeschäftsführers, der die Gesellschaft mit unbeschränktem Wirkungskreis rechtsgeschäftlich zu vertreten hätte, sondern um die Bestellung eines (Einzel- oder Kollektiv-) Geschäftsführers, dessen Wirkungskreis auf die Vertretung im Prozeß zu beschränken sein würde. Diese Regelung ist aber abschließend bereits in § 57 ZPO. erfolgt, so daß für die Anwendbarkeit des § 29 BGB. mangels „Dringlichkeit" kein Raum bleibt.

3. Die Frage, ob ein Gesellschaftergeschäftsführer, der als Geschäftsführer abberufen werden soll, in seiner Eigenschaft als Gesellschafter mitstimmen darf, ist bestritten (vgl. Rspr. bei Groschuff, „GmbHG.", S. 161, § 38 Anm. 1).

Grundsätzlich herrscht Einigkeit, daß ein Gesellschafter nicht nur bei seiner Wahl zum Geschäftsführer, sondern auch bei der Beschlußfassung über den Widerruf seiner Wahl mitstimmen darf, weil sonst die Wahl jederzeit illusorisch gemacht werden könnte. Hier handelt es sich nämlich nicht um ein „Rechtsgeschäft" der Gesellschaft in ihrem Außenverkehr „gegenüber" einem Gesellschafter, sondern um einen internen körperschaftlichen Akt bei der Organbildung, bei dem sich die Gesellschafter als Parteien gleichberechtigt gegenüber stehen. Eine andere Frage aber ist es, ob er auch dann mitstimmen darf, wenn gegen ihn ein „wichtiger Grund" zur Abberufung vorliegt. Dann stehen sich der betroffene Gesellschafter und die Gesellschaft selbst als Parteien gegenüber. Brodmann („GmbHG." § 38 Anm. 2) will das Stimmrecht dem betroffenen Gesellschafter hier stets versagen. Das RG. drückt sich vorsichtiger aus: es betont in RGZ. 138, 98 ff. = JFG. 10, 1 = JW. 1933, 1021[10] lediglich, daß es bisher keinen Grundsatz aufgestellt habe, daß der Gesellschaftergeschäftsführer „mitstimmen" dürfe, vielmehr im Einzelfall zu entscheiden sei, ob das voranzustellende Interesse der Gesellschaft verletzt werde, wenn er mitstimme. Das Stimmrechtshindernis folgt danach nicht erst aus einem Verstoß wider Treu und Glauben oder die guten Sitten, sondern unmittelbar aus der Sonderregelung des § 38 Abs. 2 GmbHG., die den satzungsmäßigen Ausschluß des Widerrufs bei „wichtigen" Gründen verbietet. Die Frage ist daher darauf abzustellen, ob die Ausübung des Stimmrechts nur den Zweck haben kann, der Gesellschaft Schaden zuzufügen; ein gewissenhafter Geschäftsführer wird ohnehin — nach dem Vorbild eines Beamten oder Parteiangehörigen, der gegen sich selbst ein Disziplinarverfahren beantragt — bis zur Klärung im Prozeß sein Amt (vorbehaltlich Schadensersatzansprüche und evtl. Wiederanstellung) zur Verfügung stellen (§ 226 BGB.; RGZ. 81, 37 = JW. 1933, 210; RGZ. 107, 202 = JW. 1924, 1150). Die Ausschließung vom Stimmrecht ist ganz unbedenklich, da die letzte Entscheidung „nicht beim Ergebnis der Abstimmung liegt, sondern beim Gericht, das auf Anrufen zu entscheiden hat", ob der Grund wichtig ist oder nicht (Brodmann a. a. O. § 38 Anm. 2). Es ist nicht recht verständlich, weshalb das OLG. die Belange des betroffenen Gesellschaftergeschäftsführers durch einen Prozeß als „nicht ausreichend geschützt" ansieht, zumal auch eine „einstweilige Verfügung" aus § 940 ZPO. die Verhältnisse regeln (JW. 1926, 2107; 1923, 87; 1924, 1185), der Registerrichter aber nur mit unzulänglichen Mitteln Feststellungen treffen kann (§§ 127, 12 FGG.).

Die Schwierigkeit für den Registerrichter, der über die Anmeldung der Abberufung aus wichtigen Gründen zu befinden hat, besteht nämlich darin, daß bei Bestreiten des betroffenen Gesellschaftergeschäftsführers die wichtigen Gründe zwar „behauptet", aber noch nicht erwiesen sind. Aus dieser registerrechtlichen Seite des Falles erklären sich die Meinungsverschiedenheiten in Schrifttum und Rspr., die m. E. lediglich scheinbar sind und in der Unklarheit des Ausdrucks zutage treten. Denn ernstlich denkt m. E. niemand daran, das Stimmrecht etwa schon dann zu versagen, wenn generell „wichtige Gründe" behauptet oder in abstrakter Fassung aus den Fingern gesogen sind: die Gründe, die „wichtig" sein sollen, müssen vielmehr selbstverständlich so substantiiert geltend gemacht und im Gesellschafterbeschluß bezeichnet sein, daß der Registerrichter sich ein Bild machen kann, ob sie wichtig sind und — falls sie erwiesen werden — die Abberufung rechtfertigen. Ist dies der Fall, so braucht nach der h. M. der Registerrichter nicht den inneren Streitigkeiten der Gesellschafter, mithin auch nicht der Frage der Erweislichkeit, nachzugehen, weil eben ein formell gültiger Beschluß gegen die dann ausgeschlossene Stimme des betroffenen Gesellschafters vorliegt und dieser zur Wahrung seiner Rechte auf Feststellung der Unzulässigkeit des Gesellschafterbeschlusses klagen muß (§§ 712, 714, 715 BGB.; Becker-Schmidt, „Die GmbH. von der Gründung bis zur Auflösung", 1936, S. 180, zu 4a; ähnlich: Baumbach, „GmbHG.", § 38, Anm. 1 und 2; Brodmann a. a. O. § 38, Anm. 4 a. E.; Groschuff, „GmbHG.", S. 162 § 38 Anm. 1; Scholz, „GmbHG.", § 38 Anm. III 4 Abs. 2; KG.: GmbH-Rdsch. 1914, 185). Demgemäß würde im vorl. Falle der Registerrichter — hinreichende Konkretisierung der wichtigen Gründe im Abberufungsbeschluß vorausgesetzt — auf Anmeldung des verbleibenden Geschäftsführers den betroffenen Geschäftsführer im Handelsregister löschen; bei mangelnder Schlüssigkeit der wichtigen Gründe würde er die Löschung ablehnen oder das Verfahren gemäß § 127 FGG. aussetzen. Sind gegen beide Gesellschaftergeschäftsführer wichtige Gründe konkret behauptet, so würde der Registerrichter diese nicht etwa — je nach dem Maß ihres Gewichts — gegeneinander „aufrechnen" und danach entscheiden, sondern auf entsprechende Anmeldung jeden der Geschäftsführer

löschen, weil jeder durch die Stimme des Gegners formell wirksam abberufen ist: es würde dann ein Geschäftsführer „fehlen“ und Ersatzbestellung gemäß § 29 BGB. im Dringlichkeitsfalle stattfinden können.

Neuerdings geht das KG. (JW. 1937, 549 [17]) scheinbar weiter: in Erwägung, daß der Registerrichter die Unterlagen der Anmeldung auf ihre Schlüssigkeit und Beweiskraft nachzuprüfen habe, folgert es, daß er gegebenenfalls von sich aus nach § 12 FGG. in Ermittlungen einzutreten habe und sich nicht mit der bloßen Tatsache der Anfechtbarkeit des Gesellschafterbeschlusses zufrieden geben dürfe; es läßt aber keinen Zweifel darüber, daß diese Ermittlungen nur stattfinden vorbehaltlich anderweiter Entscheidung durch das Prozeßgericht, das der anfechtungsberechtigte Gesellschaftergeschäftsführer anrufen könne — sei es nach oder ohne Aussetzung des Eintragungsverfahrens (§ 127 FGG.) —. Da nach obiger Darstellung die „Behauptung“ wichtiger Gründe substantiiert zu erfolgen hat und die dem Registerrichter zur Verfügung stehenden Mittel zur Erforschung der Wahrheit beschränkt sind, dürfte der Unterschied der neueren Ansicht des KG. im praktischen Endergebnis nicht sehr ins Gewicht fallen.

Nirgends aber — soweit ermittelt — findet sich in Schrifttum und Rspr. die Ansicht, daß der von wichtigen Abberufungsgründen betroffene Gesellschaftergeschäftsführer über diese Gründe „mitstimmen“ dürfe oder daß diese Gründe, weil sie noch nicht erwiesen sind, unberücksichtigt zu bleiben haben. Dieser Ansicht aber scheint das OLG. sich am Schlusse zuzuneigen. Auch der dort zit. Baumbach (a. a. O. § 38 Anm. 1) spricht nicht für das OLG., da er, „bei wirklich vorliegendem“ wichtigen Grund das Stimmrecht versagt: gemeint ist damit offenbar „substantiiert“ wichtiger Grund, wie sich aus Anm. 2 a. a. O. ergibt, wonach der Registerrichter „kein Recht habe, die sachlich-rechtliche Rechtmäßigkeit des Widerrufs nachzuprüfen“. Baumbach steht also trotz der unklaren Ausdrucksweise offenbar auf dem Boden der oben wiedergegebenen herrschenden Meinung.

OAR. Groschuff, Berlin.

Patentrecht

**** 29. RG. — §§ 40 ff. PatG. In Patentnichtigkeits- und Zwangslizenzsachen ist gemäß §§ 42 f. i. Verb. m. § 40 PatG. nach freiem Ermessen zu entscheiden, so daß bei der Kostenentscheidung Billigkeitserwägungen in Rücksicht gezogen werden können.**

Die Kl. hat in zwei getrennten Klagen den Antrag gestellt, ihr die Erlaubnis zur Benutzung der der Bekl. zustehenden beiden DRP. gegen angemessene Vergütung und Sicherheitsleistung zu erteilen. Die Klagen sind zur gemeinsamen Verhandlung und Entsch. verbunden worden. Das RPatA. hat der Kl. an beiden Patenten eine Zwangslizenz für Lieferungen nach dem Ausland erteilt und die Lizenzgebühr auf 10% des Verkaufspreises festgesetzt. Die Zwangslizenz für Lieferungen nach dem Inlande ist mithin versagt worden. Gegen die Entsch. haben beide Parteien Berufung eingelegt, die Kl. mit dem Ziele, daß ihr die Zwangslizenz in vollem Umfange und unter Herabsetzung der Lizenzgebühr erteilt werde, die Bekl. mit dem Ziele der Klageabweisung in vollem Umfange. Gleichzeitig schwebte zwischen den Parteien ein Rechtsstreit, in welchem die Bekl. die Kl. wegen Verletzung der beiden DRP. auf Unterlassung, Rechnungslegung und Schadensersatz in Anspruch nahm. Dieser Rechtsstreit ist während des Schwebens der Zwangslizenzsache im zweiten Rechtszuge dadurch rechtskräftig erledigt worden, daß die Klage wegen Verletzung des ersten der beiden DRP. abgewiesen, die Kl. dagegen wegen Verletzung des zweiten der beiden DRP. antragsgemäß verurteilt worden ist. Die Kl. hat daraufhin die Zwangslizenzklage in der Hauptsache für erledigt erklärt und beantragt, die Bekl. in die Kosten des Verfahrens zu verurteilen. Die Bekl. beantragt, der Kl. die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Soweit des zweite DRP. in Betracht kommt, ist der Antrag der Bekl. begründet. Insoweit ist eine Erledigung des Zwangslizenzstreites nicht erfolgt, weil kein Ereignis eingetreten ist, welches der Klage den Boden entziehen würde. Die rechtskräftige Feststellung, daß die Kl. das zweite DRP. verletze, bestätigt vielmehr nur das, was ohnehin zu unterstellen ist, nämlich, daß die Kl. ohne Verletzung dieses Patentes die von ihr begehrte Ausführungsform von Armaturen nicht herstellen kann. Wenn daher die Kl. die Klage auch hinsichtlich des zweiten Patentes für erledigt erklärt hat, so liegt darin eine Klagezurücknahme, die sie gem. § 271 ZPO. zur Kostentragung verpflichtet. Die Beweggründe, welche die Kl. zu dieser Maßnahme bewogen haben, sind unerheblich.

Anders ist die Sachlage bei dem ersten der beiden Patente. Die Bekl. macht allerdings auch hier geltend, daß eine Erledigung der Zwangslizenzklage durch die Entsch. im Verletzungsstreite nicht eingetreten sei, und daß es sich in Wahrheit um eine Klagezurücknahme handele. Darin kann ihr aber nicht gefolgt werden. Durch die Entsch. im Verletzungsstreit ist die Kl. in die Lage versetzt, diejenige Art von Armaturen frei herzustellen, zu deren Herstellung sie die Erlaubnis der Bekl. im Zwangslizenzverfahren zu erlangen suchte (was näher ausgeführt wird). Die Kl. hat daher das erreicht, was sie mit der Lizenzklage erstrebte. Es besteht für sie kein Rechtsschutzinteresse an der Fortsetzung der Klage. Würde sie den Rechtsstreit fortgesetzt haben, so würde ihr dies von der Bekl. mit Recht entgegengehalten worden sein, und die Klage hätte aus diesem Grunde abgewiesen werden müssen. Daher liegt eine echte Erledigung der Klage vor. Der Umstand, daß die Formel der Urteile in Zwangslizenzverfahren auf Erlaubnis der Benutzung eines Patentes im ganzen geht, kann daran nichts ändern. Denn es muß auf das konkrete Interesse der Kl. an der Entsch. abgestellt werden. Auch kann der Kl. nicht entgegengehalten werden, daß sie durch ihre Anträge im Verletzungsprozeß die Erledigung selbst willkürlich herbeigeführt habe. Da sie mit einer Verletzungsklage überzogen war, blieb ihr nichts anderes übrig, als deren Abweisung zu beantragen.

Es muß daher zunächst gefragt werden, wie über die Zwangslizenzklage zu entscheiden gewesen sein würde, wenn das erledigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Das RPatA. hat die Lizenz für Inlandslieferungen versagt, weil die beiden Lizenznehmerinnen der Bekl. unbestritten in der Lage seien, den inländischen Markt mit den geschützten Armaturen zu versorgen, und weil andere durchschlagende Gründe, aus denen ein öffentliches Interesse an der Belieferung des Inlandes durch die Kl. gefolgert werden könne, nicht vorgebracht seien. Dem würde, soweit die Lizenz für Inlandslieferungen für sich in Frage kommt, auf Grund des Gutachtens des gerichtlichen Sachverständigen beizutreten sein (was näher ausgeführt wird).

Die Erteilung der Zwangslizenz für Lieferungen nach dem Auslande hat das PatA. damit begründet, daß, wenn der Kl. der Auslandsmarkt freigegeben werde, die Gesamtarbeit vermehrt werde. Die Belieferung des Auslandsmarktes hänge weniger von der Möglichkeit der inländischen Fabriken ab, den Bedarf zu decken, als von dem Bestehen alter Geschäftsverbindungen deutscher Firmen mit ausländischen Abnehmern. Es erscheine durchaus glaubhaft, daß im vorl. Falle wesentliche Auslandsaufträge der Kl. bei Nichterteilung der Zwangslizenz den Lizenznehmerinnen der Kl. entgehen würden. Außerdem könne die Patentinhaberin ebenso, wie sie an deutsche Firmen Lizenzen erteilt habe, auch ausländischen Firmen Lizenzen erteilen oder selbst den Verkauf nach dem Auslande übernehmen. Es liege aber im Interesse des deutschen Arbeitsmarktes, daß ihm die Auslandsaufträge soweit wie möglich erhalten blieben. Auch dieser Begründung schließt sich der Senat an. Es erhebt sich aber folgendes Bedenken gegen die getroffene Entsch.: Wie der Sachverständige festgestellt hat, würde die Kl., wenn sie auf den Auslandsabsatz beschränkt würde, ihren Betrieb nicht aufrechterhalten können, da die allgemeinen Unkosten im Verhältnis zu dem wesentlich geringeren Absatz zu hoch werden würden. Sie würde die für das Ausland erteilte Lizenz nicht ausnutzen können. Wenn dem so ist, so entsteht die Frage, ob es nicht, damit die Kl. die im öffentlichen Interesse gebotene Lizenz für das Ausland ausnutzen kann, geboten ist, ihr die Möglichkeit der Aufrechterhaltung ihres Betriebes durch Gewährung der an sich nicht im öffentlichen Interesse liegenden Zwangslizenz für den Inlandsabsatz zu gewähren. Die Frage braucht aber nicht abschließend beantwortet zu werden, da der Senat schon auf Grund einer anderen Erwägung zu dem Ergebnis gelangt, daß der Bekl. die Kosten der Zwangslizenz-

klage betr. des ersten der beiden DRP. in vollem Umfange auferlegt werden müssen. Die Bekl. hat die Kl. mit einer Klage wegen Verletzung des Patentes überzogen, die, wie sich herausgestellt hat, unbegründet war. Durch die Anstrengung dieser Klage, deren Erfolgsmöglichkeit die Kl. in vorsichtiger kaufmännischer Gebarung nicht ohne weiteres außer Rechnung lassen konnte, ist diese in die Zwangslage versetzt worden, um ihre Belange in vollem Maße zu wahren, die Zwangslizenzklage zu erheben auf die Gefahr hin, daß sich diese bei ihrem Obsiegen in der Verletzungsklage als unnötig erweisen könnte. Ohne das Verhalten der Bekl. wäre es zu dieser Klage nicht gekommen. Es kann dahingestellt bleiben, ob innerhalb der Regeln der ZPO. dieser Tatbestand für die Kostenentsch. von Bedeutung sein könnte. In Patentnichtigkeits- und Zwangslizenzsachen ist nach §§ 42, 43 i. Verb. m. § 40 PatG. nach freiem Ermessen zu entscheiden, so daß Billigkeitserwägungen in Rücksicht gezogen werden können. Der Senat erachtet es für billig, daß die Bekl. unter den dargestellten Umständen die Kosten der Klage, soweit sie das erste DRP. betrifft, allein trägt.

Selbst wenn die Kl. die vom Nichtigkeitssenat festgesetzte Lizenzgebühr zu Unrecht als zu hoch angegriffen hätte, träte dies gegenüber diesen Erwägungen an Bedeutung so zurück, daß er auf die als billig befundene Kostenverteilung keinen Einfluß auszuüben vermöchte.

(RG., I. ZivSen., Beschl. v. 14. Okt. 1938, I 144/36.) [Ba.]

Beamtenrecht

30. RG. — §§ 142, 143, 182, 184 DBG.; DurchfVO. zu § 143 DBG.; § 9 PrAnpG.; § 7 PrKommBeamtG. § 143 DBG. ist zwar bereits mit dem 1. Juli 1937 in Kraft getreten. In den Fällen aber, in denen am 1. Juli 1937 eine Klage bereits nach dem bisherigen Recht zulässig erhoben war, findet § 143 DBG. keine Anwendung. Die Weiteranwendung der bisherigen Zulässigkeitsbestimmungen auf diese Fälle widerspricht auch nicht Zweck und Sinn des neuen Rechts.

Der vorausgegangene Rechtsstreit zwischen den Parteien ist in RGZ. 121, 86 = JW. 1928, 2451[17] m. Anm. wiedergegeben.

Nachdem das Gesetz über die Rechtswirksamkeit der Bestellung hauptamtlicher Gemeindevorsteher und Schöffen vom 13. Dez. 1929 (PrGS. 197) erlassen war, machte der Kl. (ein ehemaliger preuß. Gemeindevorsteher) erneute, und zwar nunmehr Ruhegehaltsansprüche gegen die Bekl. (eine preuß. Landgemeinde unter 3000 Einwohnern) geltend. Auf Grund am 19. Aug. 1930 rechtskräftig gewordener Entsch. des Kreis- und des BezAusſch. gewährte die Bekl. dem Kl. das Ruhegehalt zunächst bis zum 30. April 1933 und dann, nachdem ein Versuch, aus dem BWHG. gegen den Kl. vorzugehen, fehlgeschlagen war, weiter bis zum Nov. 1934. Dann stellte die Bekl. unter Berufung auf das RG. über die Rechtswirksamkeit der Bestellung hauptamtlicher Gemeindevorsteher und Schöffen in Preußen v. 25. Okt. 1934 (RGBl. I, 1069) erneut die Zahlung ein, nahm aber auf Entscheid des R.- und PrMdJ. v. 7. Jan. 1935, daß die Ruhegehaltsansprüche des Kl. zu Recht bestünden, die Zahlungen wieder auf und gewährte sie weiter bis zum 30. Sept. 1935. Mit diesem Zeitpunkt hat die Bekl. unter Berufung auf die Entsch. des RG. RGZ. 148, 23 = JW. 1935, 2807[1] m. Anm. die Zahlungen an den Kl. endgültig eingestellt.

Der Kl. hat nunmehr die vorl. Klage auf Fortgewährung seines Ruhegehaltes für die Zeit v. 1. Okt. 1935 bis zum 30. Sept. 1936 erhoben.

Nachdem der Rechtsstreit zur Erwirkung des Vorentsch. aus § 7 KommBeamtG. ausgesetzt war, erging folgender Beschluß des LRats v. 25. Sept. 1936: „Der Kl. erhält mit Wirkung v. 1. Okt. 1935 ab ein von der Bekl. an ihn zu zahlendes Ruhegehalt in Höhe von $^{35}/_{100}$ des der Ruhegehaltsberechnung zugrunde zu legenden Gehalts. Der Beschluß ist vorläufig vollstreckbar." Der Beschluß ist den Parteien am 30. Sept. 1936 zugestellt worden, eine Anfechtung im Verwaltungswege ist nicht erfolgt.

Die Bekl. hat Widerklage auf Feststellung erhoben, daß sie für die Zeit v. 1. Juni 1936 bis zum 31. Dez. 1939 nicht verpflichtet sei, an den Kl. Ruhegehalt oder sonstige Bezüge zu zahlen.

Das LG. hat Klage und Widerklage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges abgewiesen. Die Bekl. hat gem. § 566 a ZPO. Rev. eingelegt, der Kl. sich ihr angeschlossen. RG. hob auf und verwies an das LG. zurück.

Das LG. hat ausgeführt, die Entsch. des LRats sei auch unter Berücksichtigung des § 9 Abs. 2 Satz 2 PrAnpG. vom 15. Dez. 1933 (GS. 479) ausreichende Grundlage für die Eröffnung des Rechtsweges. Einer Entsch. des RegPräs. bedürfe es nach dieser Bestimmung nicht. Zweifel entstünden aber aus dem nach der Rechtshängigkeit erfolgten Inkrafttreten des DBG. v. 26. Jan. 1937 (RGBl. I, 39), und zwar insbes. dahin: § 143 DBG. gehöre dem Verfahrensrecht an. Bereits hieraus und aus der DurchfVO. z. DBG. vom 29. Juni 1937 (RGBl. I, 669) zu § 143 ergebe sich, daß die Vorschrift auf nach bisherigem Recht an sich zulässige Klagen Anwendung finde. Durch sie werde die Zulässigkeit des Rechtsweges eingeschränkt. Gegen eine Verwaltungsentsch. stünde dem Dienstherrn der Rechtsweg überhaupt nicht zu, dem Beamten nur, sofern der Anspruch abgelehnt sei. Die Anwendung des § 143 auf die schwebenden Verfahren rechtfertige sich überdies aus allgemeinen Erwägungen der einheitlichen Ausrichtung, die sich aus der veränderten Stellung des Staates nach dem nationalsozialistischen Umbruch ergeben habe. Danach fehlten aber die erforderlichen Voraussetzungen sowohl für die Klage wie für die Widerklage. Der Rechtsweg sei für beide unzulässig.

Zwar ist mit dem LGUrt. nach § 184 DBG. i. Verb. m. § 182 a. a. O. davon auszugehen, daß der § 143 DBG. bereits mit dem Gesamtgesetz in Kraft getreten ist. Das Inkrafttreten dieser Bestimmung ist nicht bis zur Errichtung des RVerwG. hinausgeschoben. Aus den Eingangsworten des § 143 Abs. 1 „die Klage nach § 142 Abs. 1 ist erst zulässig ..." läßt sich dieser Schluß nicht ziehen. Es kann dabei dahingestellt bleiben, ob durch § 182 das Inkrafttreten des § 142 in seiner ganzen Bedeutung bis zur Errichtung des RVerwG. hinausgeschoben worden ist, weil sein Inhalt sich in der Zuständigkeitsregelung erschöpft, oder ob nicht etwa die Bedeutung des § 142 über den eben bezeichneten Rahmen der Zuständigkeitsregelung hinausgreift, indem er an Stelle des bisher geltenden Rechts für die in den Abs. 1 und 2 bezeichneten Ansprüche einheitlich den Rechtsweg eröffnet, und ob nicht insoweit die Bestimmung des § 142 bereits mit dem Inkrafttreten des Gesamtgesetzes Geltung erlangt hat (vgl. Brand, „Das DBG.", Erl. 1 zu § 142). Wenn es in den Anfangsworten des § 143 heißt: „Die Klage nach § 142 Abs. 1 ist erst zulässig ...", so hat damit die Anwendbarkeit der Bestimmung nicht auf diejenigen Klagen beschränkt werden sollen, die erst nach der Errichtung des RVerwG. vor den Verwaltungsgerichten anhängig gemacht werden, sondern es sind damit allgemein diejenigen Klagen gemeint, mit denen Ansprüche der im § 124 Abs. 1 bezeichneten Art geltend gemacht werden, gleichgültig, ob ihre Erhebung, solange das RVerwG. noch nicht errichtet ist, vor dem ordentlichen Gericht erfolgt oder später vor einem Verwaltungsgericht. Jeder Zweifel darüber, daß dem § 143 diese Bedeutung zukommt und daß die Vorschrift in dieser Bedeutung auch bereits mit dem Inkrafttreten des DBG. Geltung erlangt hat, wird durch die zu § 143 ergangene DurchfVorschr. der auf Grund des § 183 DBG. erlassenen DurchfVO. z. DBG. v. 29. Juni 1937 (RGBl. I, 669) beseitigt, die als Übergangsvorschrift die Anwendung des § 143 für die Zeit nach dem Inkrafttreten des Gesetzes regelt und damit das Inkrafttreten der Bestimmung mit dem 1. Juli 1937 ausdrücklich bestätigt. Die von der Rev. in Bezug genommene AusfAnw. des R.- und PrMdJ. v. 1. Juli 1937 (RMBliV. 1051) enthält in ihrer Erläuterung zu §§ 142 ff. nichts, was dieser Auffassung entgegenstände.

Ist hiernach mit dem LG. zwar davon auszugehen, daß § 143 DBG. bereits mit dem 1. Juli 1937 in Kraft getreten ist, so kann ihm auf der anderen Seite aber nicht beigetreten werden, wenn es angenommen hat, seine Bestim-

mungen fänden auch auf das vorliegende, am 1. Juli 1937 bereits anhängige Verfahren Anwendung. § 143 DBG. enthält, ebenso wie verschiedene Bestimmungen des alten Beamtenrechts — für den vorl. Streitfall kam § 7 KommBeamtG. in Frage —, eine Anordnung, die eine Voraussetzung für die Zulässigkeit der gerichtlichen Geltendmachung eines Beamtenanspruches setzt. Es bedarf für den zur Entsch. stehenden Streitfall keiner grundsätzlichen Erörterung der Frage, ob und inwieweit Bestimmungen solcher Art auch auf bereits anhängige Verfahren anzuwenden sind. Wie bereits erwähnt, haben der RMdJ. und der RFM. in der DurchfVO. z. DBG. im Rahmen der ihnen durch § 183 Satz 1 und 2 DBG. gegebenen Ermächtigung eine DurchfVorschr. zu § 143 erlassen, die eine Übergangsregelung enthält. Nach dieser Regelung soll, wenn beim Inkrafttreten des DBG. eine Klage wegen vermögensrechtlicher Ansprüche aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des Gesetzes nach bisherigem Recht nicht mehr zulässig ist, es dabei sein Bewenden behalten. Anderenfalls sollen auch für diese Ansprüche die Vorschriften des § 143 gelten. Die Klage braucht jedoch in allen Fällen erst bis zum Ablauf von sechs Monaten nach Inkrafttreten des Gesetzes erhoben zu werden. Während diese Übergangsregelung also einerseits die Anwendung des neuen Rechts auf solche Ansprüche ausschließt, deren Geltendmachung in dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes nach dem bis dahin geltenden Recht im Wege der Klage nicht mehr zulässig war, sollen andererseits von dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes ab die Ansprüche nur noch unter Beachtung der Vorschriften des § 143 im Wege der Klage geltend gemacht werden können, mit der besonderen Maßgabe, daß die Klage in allen Fällen, also auch dann, wenn die Voraussetzung des § 143 Abs. 1 Satz 1 bereits vor dem 1. Juli 1937 erfüllt gewesen sein sollte, erst bis zum Ablauf von sechs Monaten nach Inkrafttreten des Gesetzes erhoben zu werden brauche. Diese Bestimmung betrifft ihrem Wortlaut nach nur diejenigen Fälle, in denen der Anspruch vor dem 1. Juli 1937 noch nicht im Wege der Klage geltend gemacht worden ist, vielmehr erst nach diesem Zeitpunkt anhängig gemacht werden soll. Ihnen werden diejenigen Fälle gleichzustellen sein, in denen die Klage zwar vor dem 1. Juli 1937 erhoben, der nach bisherigem Recht einzuholende oder gegebenenfalls nachzuholende Vorentscheid der Verwaltungsbehörde im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes aber noch nicht ergangen war. Auch in diesen letzteren Fällen wird nach dem Sinn der Übergangsregelung die Frage der Zulässigkeit der Klage nach der Vorschrift des § 143 zu entscheiden sein. Für die Fälle, in denen im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes bereits eine nach den Vorschriften des bisherigen Rechts zulässige Klage erhoben worden war, ist in der Übergangsregelung eine Bestimmung nicht getroffen. Es ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber für die weitere Behandlung dieser Fälle gleichfalls besondere Übergangsbestimmungen getroffen hätte, wenn er die Vorschriften des § 143 auch auf sie hätte angewendet wissen und für die zahlreichen Verfahren, die am 1. Juli 1937 ordnungsmäßig anhängig waren, etwa deren Fortsetzung von der Erfüllung der neuen Zulässigkeitsvorschriften des § 143 hätte abhängig machen wollen. Daß der Gesetzgeber eine gerade für diese Fälle dringend notwendige Übergangsregelung unterlassen hat, läßt eine Deutung seines Willens nur dahin zu, daß in den Fällen, in denen am 1. Juli 1937 eine Klage bereits nach dem bisherigen Recht zulässig erhoben war, die Bestimmung des § 143 keine Anwendung hat finden sollen. Die Weiteranwendung der bisherigen Zulässigkeitsbestimmungen kann auch nicht etwa als mit Zweck und Sinn des neuen Rechts im Widerspruch stehend angesehen werden. Wenn heute anderen Behörden die Vorentsch. übertragen ist, wenn heute die Verwaltungsbehörden anders zu verfahren haben, so kann daraus nicht gefolgert werden, daß früheren Entsch. anderer im Rahmen ihrer Zuständigkeit tätig gewesener Verwaltungsbehörden die ihnen bis dahin zukommende Bedeutung hat genommen werden sollen. Auf der anderen Seite erscheint es aber auch nicht angängig, mit dem LG. einer von einer Verwaltungsbehörde im Rahmen ihrer bisherigen Zuständigkeit erlassenen Entsch., wie im vorl. Falle der Entsch. des LRats, in ihrer Bedeutung und Tragweite eine Entsch. gleichzustellen, die nunmehr gem. § 143 DBG. von einer anderen Verwaltungsbehörde zu treffen ist und dementsprechend an die Entsch. Folgerungen zu knüpfen, wie sie sich möglicherweise aus einer gem. § 143 ergangenen Entsch. ergeben können. Es bedarf deshalb eines Eingehens auf die Folgerungen, wie sie das LG. für den vorl. Fall aus der Anwendung des § 143 gezogen hat, nicht.

Die Entsch. über die Zulässigkeit der vorl. Klage und Widerklage ist vielmehr lediglich dem alten Recht zu entnehmen. Nach diesem sind aber sowohl Klage wie Widerklage zulässig.

Der Vorbescheid v. 25. Sept. 1936 ist von dem LRat des Kreises R. erlassen. Dieser war damals die für den Erlaß des Vorbescheides zuständige Verwaltungsbehörde. An die Stelle des ursprünglich zuständig gewesenen Kreisausschusses war nach § 1 u. 9 PrAnpG. v. 15. Dez. 1933 (GS. 479) der LRat getreten. Daß nicht etwa mit Rücksicht auf die Bestimmung im § 9 Abs. 2 Satz 2 dieses Ges. noch eine Beschwerdeentsch. des RegPräs. erforderlich war, ergibt sich aus RGZ. 153, 162 = JW. 1937, 939[13], in der dargelegt ist, daß durch die erwähnten Vorschriften nur die Zuständigkeiten für den Vorbescheid haben geändert und diese dem in der Staatsverwaltung durchgeführten Führergrundsatz haben angepaßt, daß aber nicht über das Gebiet des verwaltungsmäßigen Rechtsganges hinaus auch in die bestehende Regelung der Zulässigkeit der Verfolgung von vermögensrechtlichen Ansprüchen der Beamten vor den Gerichten eingegriffen und daß namentlich nicht die Sonderbestimmung des § 7 KommBeamtG. hat beseitigt werden sollen. Hiernach liegt also ein ordnungsmäßiger Vorbescheid der zuständigen Verwaltungsbehörde vor.

Der Vorbescheid ist der Bekl. ungünstig. Daß nach dem bisherigen Recht auch der Dienstherr eines preuß. Kommunalbeamten aus § 7 KommBeamtG. die Möglichkeit hatte, gegen einen ihm ungünstigen Vorbescheid der Verwaltungsbehörde den Rechtsweg zu beschreiten, ist in der Rspr. des erk. Sen. anerkannt (zu vgl. RGUrt. v. 14. Juni 1935, III 311/34, teilweise abgedr. HöchstRRspr. 1935 Nr. 1418; v. 12. Juni 1936, III 262/35 und v. 12. Aug. 1937, III 8/37). Da die Widerklage ferner innerhalb der sechsmonatigen Frist des § 7 KommBeamtG. erhoben ist, so sind damit die Voraussetzungen der Zulässigkeit der Widerklage der Bekl. gegeben.

Auch die Klage ist für zulässig zu erachten. Zwar hatte im Zeitpunkt ihrer Erhebung die nach § 7 KommBeamtG. erforderliche Entsch. der Verwaltungsbehörde noch nicht vorgelegen. Diesem Erfordernis konnte aber nach anerkannter Rspr. noch im Laufe des Rechtsstreits genügt werden. Das ist im vorl. Falle dadurch geschehen, daß der Kl. im Okt. 1936 den Beschluß des LRats v. 25. Sept. 1936 vorgelegt hat. Nach dem alten Recht war eine Klage des Beamten auch bei Vorliegen einer ihm günstigen Vorentsch. nicht grundsätzlich ausgeschlossen, vielmehr dann zulässig, wenn der Vorbescheid auf Widerstand der zahlungspflichtigen Stelle stieß, wenn also ein schutzwürdiges Interesse vorlag (RGZ. 108, 144). Diese Voraussetzung ist für den vorl. Fall zu bejahen. Die Bekl. hat sich bisher trotz der vorl. Entsch. der Verwaltungsbehörde gegen ihre Zahlungspflicht gewehrt und die regelmäßige Zahlung des Ruhegehaltes an den Kl. verweigert. Dann muß aber auch ein berechtigtes Interesse des Kl. bejaht werden, den Schutz der Gerichte anzurufen. In der RevInst. ist zwar behauptet worden, die Bekl. zahle jetzt die laufenden Raten. Diese neue tatsächliche Behauptung kann aber in der RevInst. nicht beachtet werden.

(RG., III. ZivSen., U. v. 27. Mai 1938, III 178/37.) [Ba.]

*

31. RG. — Nr. 5 Abs. 5 der 2. DurchfVO. z. BBG. schließt den Rechtsweg nur hinsichtlich solcher Fragen aus, die den Entlassenen oder Gekündigten selbst unmittelbar angehen, nicht aber hinsichtlich des Erstattungsanspruchs einer Pensionskasse gegen den bisherigen Dienstherrn des Entlassenen oder Gekündigten.

Die beklagte Eisenbahngesellschaft ist Mitglied der klagen-

den Pensionskasse. Die Kasse dient der Versicherung sämtlicher im Verwaltungs- und Betriebsdienst der an der Kasse beteiligten Eisenbahnverwaltungen Beschäftigten. Bei ihr war auch der frühere Angestellte der Bekl., Eisenbahnobersekretär M., ein Jude, versichert. Dieser ist auf Grund von Nr. 3 der zum BBG. v. 7. April 1933 (RGBl. I, 175) ergangenen zweiten DurchfVO. v. 4. Mai 1933 (RGBl. I, 233) am 30. Juni 1933 von der Bekl. entlassen worden. Durch eine Entsch. der zuständigen Landesbehörde (Beschwerdestelle) vom 26. Mai 1934 (vgl. Nr. 5 Abs. 5 S. 1 der gen. DurchfVO.) ist die Kl. für verpflichtet erklärt worden, an M. ein monatliches Ruhegeld in Höhe von 140,94 *RM* zu zahlen. Diese Entsch. ist erst am 10. Febr. 1937 für vollstreckbar erklärt worden, nachdem eine bei den ordentlichen Gerichten erhobene Klage des M. auf Zahlung eines Ruhegehalts durch Urt. des erk. Sen. v. 24. Nov. 1936, III 368/35 = JW. 1937, 940[14] m. Anm. wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abgewiesen worden war. Die Kl. hat daraufhin an M. bis einschließlich Oktober 1937 Ruhegeld gezahlt. Mit der Klage fordert sie die Erstattung dieses Betrages.

Der mit der Klage verfolgte Erstattungsanspruch ist gegründet auf § 16 Nr. 4 der Pensionskassensatzung. Diese Vorschrift, soweit sie hier in Betracht kommt, lautet in der hier maßgebenden Fassung vom Jahre 1935:

„Einem Mitglied, das nach Ablauf einer vom vollendeten einundzwanzigsten Lebensjahr ab zu rechnenden zehnjährigen Beitragszeit ... gegen seinen Willen und ohne eigenes Verschulden aus dem Dienst entlassen worden ist, wird auf Antrag Ruhegeld gewährt, auch wenn es noch nicht dienstunfähig ist. In diesem Fall hat die entlassende Eisenbahnverwaltung das Ruhegeld der Kasse zu erstatten und auf Verlangen der Kasse die Erfüllung dieser Pflicht sicherzustellen ...“

Schon die frühere Satzung von 1928 enthielt in ihrem § 16 Nr. 4 eine im wesentlichen hiermit übereinstimmende Vorschrift. Der Streit der Parteien dreht sich um die Frage, ob der satzungsmäßig festgelegte Erstattungsanspruch auch dann gegeben ist, wenn die Entlassung des betreffenden Angestellten nicht auf Grund freier Entschließung der Eisenbahnverwaltung, sondern, wie es hier der Fall ist, auf Grund gesetzlicher Verpflichtung erfolgt ist.

Zunächst ist auch in der RevInst. von Amts wegen zu prüfen, ob für den geltend gemachten Anspruch der Rechtsweg gegeben ist. In der früheren Streitsache des M. gegen die jetzige Kl., in der M. im ordentlichen Rechtsweg auf Zahlung seines Ruhegeldes klagte, hat der erk. Sen. durch das Urt. v. 24. Nov. 1936, III 368/35 (= JW. 1937, 940[14]) die Klage abgewiesen, weil nach Nr. 5 Abs. 5 der 2. DurchfVO. z. BBG. der Rechtsweg unzulässig sei. Es könnte sich fragen, ob wegen des engen Zusammenhangs zwischen dem auf § 16 Nr. 4 der Satzung beruhenden Ruhegeldanspruch des Kl. und dem hier geltend gemachten Erstattungsanspruch — das RArbG. spricht in der RArbG. 14, 255 ff. abgedr. Entsch. von einer „untrennbaren Verbindung“ — nicht auch hier der Rechtsweg als verschlossen angesehen werden muß. Eine so weitgehende Wirkung kann jedoch der genannten Gesetzesbestimmung nicht entnommen werden. Wenn dort bzgl. aller Entlassungen, die auf Grund der §§ 2—4 der 2. DurchfVO. z. BBG. erfolgen sollen oder erfolgt sind, gesagt ist, daß „Streitigkeiten über die Zulässigkeit der Entlassung oder Kündigung und über die zu gewährenden Bezüge“ unter Ausschluß der Nachprüfung durch Gerichte bestimmte Verwaltungsstellen entscheiden sollen, so ist damit die Entsch. nur solcher Fragen, die den Entlassenen oder Gekündigten selbst unmittelbar angehen, den Verwaltungsstellen vorbehalten. Der Grund dieses Vorbehalts ist offenbar der, daß es sich hierbei wesentlich um Fragen politischer Art handelt. Die im vorliegenden Rechtsstreit zu entscheidende Frage der Erstattungspflicht ist aber eine den Entlassenen selbst gar nicht berührende, rein privatrechtliche, die mit politischen Gesichtspunkten nichts zu tun hat. Der Rechtsweg ist deshalb hier gegeben.

Was nun den Erstattungsanspruch selbst betrifft, so muß er nach der eingangs angeführten Satzungsvorschrift als begründet anerkannt werden. Sie gibt den Erstattungsanspruch allemal dann, wenn nach § 16 Nr. 4 Satz 1 ein Ruhegeldanspruch des unverschuldet entlassenen, noch dienstfähigen Angestellten gegenüber der Pensionskasse (jetzigen Kl.) gegeben ist. „In diesem Fall“ hat die entlassende Eisenbahnverwaltung das Ruhegeld der Kasse zu erstatten. Ob im Falle des entlassenen M. ein solcher Ruhegeldanspruch nach § 16 Nr. 4 Satz 1 rechtlich begründet war, braucht und kann hier nicht untersucht werden. Insoweit liegt eben eine Entsch. gem. Nr. 5 Abs. 5 der 2. DurchfVO. z. BBG. vor, deren Nachprüfung durch die ordentlichen Gerichte schlechthin untersagt ist. Es ist das die Entsch. der Landesbehörde (Beschwerdestelle) vom 26. Mai 1934, durch die ein Ruhegeldanspruch des M. ausdrücklich auf Grund der genannten Satzungsvorschrift als begründet anerkannt worden ist. Diese Entsch. ist für die Gerichte in jedem Falle, also auch im vorliegenden Rechtsstreit, als bindend hinzunehmen. Einer Auseinandersetzung mit der von der Rev. der Bekl. angeführten Entsch. (RArbG. 14, 255 ff. zu II 2) bedarf es deshalb hier nicht. Die Bindung an die vorliegende Entsch. der Landesbehörde führt dann nach der Satzung ohne weiteres zur Erstattungspflicht der Bekl.

(RG., III. ZivSen., U. v. 30. Sept. 1938, III 34/38.) [Ba.]

Zulassungsordnung für Zahnärzte und Dentisten

**** 32. RG. — ZulassungsO. für Zahnärzte und Dentisten i. d. Fass. v. 9. Mai 1935 (RGBl. I, 594); VertragsO. für Kassenzahnärzte und Kassendentisten v. 27. Aug. 1935 (RGBl. I, 1112); § 626 BGB. Für den Einzeldienstvertrag ist trotz der in § 4 VertragsO. getroffenen Regelung ein dem § 626 BGB. entsprechendes Recht zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grunde anzuerkennen mit der Folge, daß die kündigende Kasse so lange, als der wichtige Grund als solcher anzuerkennen ist, die Entgegennahme einer neuen Beitrittserklärung des noch zugelassenen Gekündigten verweigern kann.**

Der Kl. war gemäß der VO. über die Zulassung von Zahnärzten und Zahntechnikern zur Tätigkeit bei den Krankenkassen v. 27. Juli 1933 (RGBl. I, 541) als Dentist für die Tätigkeit bei Krankenkassen zugelassen. Ihre letzte, jetzt gültige Fassung erhielt die ZulassungsO. durch die VO. vom 9. Mai 1935 (RGBl. I, 594). Seit dem 8. Sept. 1933 bestand zwischen den Parteien ein Einzeldienstvertrag, wie ihn die spätere VertragsO. für Kassenzahnärzte und Kassendentisten v. 27. Aug. 1935 (RGBl. I, 1112) als Voraussetzung für die Ausübung einer Kassenpraxis vorgesehen hat (§§ 1, 4 das.). Diesen Vertrag hat die Bekl. durch Schreiben v. 31. Aug. 1936 fristlos gekündigt mit der Begründung, der Kl. habe eine Kassenpatientin beim Ankauf von Altgold bewußt geschädigt und damit das Vertrauen der Kasse zu ihm als Kassendentist völlig erschüttert.

Der Kl. (und RevKl.) will die Kündigung nicht gelten lassen und hat Feststellungsklage erhoben.

Für den Einzeldienstvertrag des Kl. ist die angeführte VertragsO. v. 27. Aug. 1935 maßgebend. Nach § 26 Abs. 1 dieser VO. sind Streitigkeiten aus Einzeldienstverträgen der Kassenzahnärzte und Kassendentisten im allgemeinen von dem gesetzlich vorgesehenen Schiedsamt zu entscheiden. Nach Abs. 3 a. a. O. ist jedoch für vermögensrechtliche Ansprüche der ordentliche Rechtsweg vorbehalten. Ob ein vermögensrechtlicher Anspruch vorliegt, entscheidet die Natur desjenigen Rechts, für das die klagende Partei richterlichen Schutz verlangt (RGZ. 11, 89; 144, 159 = JW. 1934, 1412[3]). Der Kl. verlangt mit der vorl. Klage Schutz für seinen Einzeldienstvertrag, auf Grund dessen er die Kassenpraxis ausüben und Bezahlung für die Behandlung von Kassenpatienten von der beklagten Kasse fordern kann. Hiernach ist die Klage auf einen vermögensrechtlichen Anspruch gerichtet und die Zulässigkeit des Rechtswegs zu bejahen. Daß hier auch die Voraussetzungen einer Feststellungsklage aus § 256 ZPO. gegeben sind, unterliegt keinen Bedenken.

Was den Klageanspruch selbst betrifft, so könnte sich fragen, ob danach, wie das Gesetz das Zulassungswesen für die Kassenzahnärzte und Kassendentisten geregelt hat, während

des Bestehens einer „Zulassung“ nicht überhaupt jede Kündigung eines Einzeldienstvertrages hat ausgeschlossen sein sollen. Die Zulassung zur Kassenpraxis gibt dem Zahnarzt und Dentisten die (öffentlich-rechtliche) Berechtigung zum Abschluß eines (bürgerlich-rechtlichen) Einzeldienstvertrages über die Behandlung von Kassenmitgliedern in freier Praxis (§ 1 ZulassungsO.). Der Abschluß des Einzeldienstvertrages geschieht durch einseitige Erklärung des zugelassenen Zahnarztes oder Dentisten gegenüber der Kasse, daß er dem „Bezirksvertrag“ beitritt (§ 4 VertragsO.). Hiernach muß es jedenfalls als ausgeschlossen angesehen werden, daß sich eine Kasse ohne wichtigen Grund durch einfache Kündigung der Fortsetzung eines bestehenden Einzeldienstvertrages entziehen kann. Der Gekündigte wäre sonst auf Grund seiner fortbestehenden Zulassung in der Lage, nach Lösung des gekündigten Vertragsverhältnisses durch eine Erklärung gem. § 4 VertragsO. sofort einen neuen Einzeldienstvertrag zustande zu bringen. An sich wäre das nun auch bei einer außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grunde möglich, da auch eine solche nicht ohne weiteres das Erlöschen der öffentlich-rechtlichen Zulassung zur Folge hat und die Zulassung nach § 1 ZulassungsO. eben die Berechtigung zum Abschluß eines Einzeldienstvertrages mit jeder beteiligten Kasse bedeutet. Man kann auch nicht sagen, daß die Belange der Kassen bei einer Versagung jeden Kündigungsrechtes für die Dauer der Zulassung völlig preisgegeben seien, denn vielfach, vielleicht sogar in der Regel, wird ein in der Person des Zugelassenen liegender wichtiger Kündigungsgrund — wie er hier z. B. in Frage steht — auch ein Grund für die Entziehung der Zulassung gem. § 34 Nr. 1 ZulassungsO. sein. Gleichwohl muß zwischen einer fristgemäßen, ordentlichen Kündigung und einer außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grunde hinsichtlich ihrer Zulässigkeit unterschieden werden. Es sind durchaus Umstände denkbar, die zwar eine Fortsetzung des Einzeldienstvertrages mit einer einzelnen Kasse als unzumutbar erscheinen lassen, die aber doch noch keinen wichtigen Grund für eine Entziehung der Zulassung überhaupt abgeben. Das muß dazu führen, für den Einzeldienstvertrag trotz der in § 4 VertragsO. getroffenen Regelung ein dem § 626 BGB. entsprechendes Recht zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grunde anzuerkennen mit der Folge, daß die kündigende Kasse so lange, als der wichtige Grund als solcher anzuerkennen ist, die Entgegennahme einer neuen Beitrittserklärung (§ 4 VertragsO.) des noch zugelassenen Gekündigten verweigern kann. Die Möglichkeit einer Kündigung des Einzeldienstvertrages aus wichtigem Grunde ist denn auch anerkannt worden in einer amtlichen Auskunft des Vorsitzenden des Reichsschiedsamts für Zahnärzte und Dentisten v. 20. Febr. 1935 (abgedr. in den Entsch. und Mitt. des RVersA. 37, 432 Nr. 2), einer Auskunft, der im Hinblick auf § 38 ZulassungsO. besondere Beachtung beizumessen ist. Es ist deshalb von der Möglichkeit einer fristlosen Kündigung des Einzeldienstvertrages aus wichtigem Grunde auszugehen.

Die Frage, ob die Umstände des einzelnen Falles einen wichtigen Kündigungsgrund i. S. des § 626 BGB. enthalten, liegt im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet. Das RevG. kann nur nachprüfen, ob die zur Rechtfertigung der Kündigung vorgebrachten Gründe im allgemeinen zu einer fristlosen Kündigung geeignet sind, weiter aber auch, falls dahingehende Rügen erhoben sind, ob die tatsächlichen Feststellungen, auf die die Kündigung gegründet ist, verfahrensrechtlich einwandfrei getroffen worden sind. (Da sich das BG. mit einem Teil des Vorbringens des Kl. nicht auseinandergesetzt hat, hob RG. auf und verwies zurück.) Mit Recht rügt die Rev. schließlich aber auch noch, daß das angef. Urteil nicht erkennen läßt, ob das BG. auch die schwerwiegenden Folgen, die die fristlose Kündigung für die weitere Berufstätigkeit des Kl. haben muß, genügend berücksichtigt hat. Zwar hat es zunächst darauf hingewiesen, daß die gesamten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen seien, ob es dieser Forderung aber dann wirklich Rechnung getragen hat, geht aus den Urteilsgründen nicht hervor.

(RG., III. ZivSen., U. v. 4. Okt. 1938, III 79/38.) [Ba.]

Schuldenbereinigungsgesetz

33. RG. — §§ 1, 3 Ges. über eine Bereinigung alter Schulden v. 17. Aug. 1938. Eine Schuldenbereinigung findet zugunsten juristischer Personen nicht statt. Dies gilt auch dann, wenn nur ein Gesellschafter vorhanden ist und dieser die persönliche Haftung für die Schulden der Gesellschaft übernommen hat.

Schon der erste selbständige Entscheidungsgrund des LG., daß Juristische Personen eine Schuldenbereinigung auf Grund des Ges. v. 17. Aug. 1938 nicht in Anspruch nehmen können, ist in vollem Umfange zu billigen (ebenso Breithaupt: JW. 1938, 2442). Die Beschränkung auf natürliche Personen ist im Gesetz zwar nicht ausdrücklich vorgesehen; sie ergibt sich aber zweifelsfrei aus seinem Zwecke. Das Gesetz will nach seinem Vorspruche eine Bereinigung alter Schulden ermöglichen, durch welche ein vor dem 1. Jan. 1934 wirtschaftlich zusammengebrochener Schuldner „gehindert wird, sich eine neue Lebensstellung aufzubauen und zu einer angemessenen Lebenshaltung zu gelangen“. Demgemäß wird auch im Abs. 1 Satz 2 als Voraussetzung für die Schuldenbereinigung aufgestellt, daß der Schuldner „die wirtschaftliche Grundlage seiner selbständigen Lebenshaltung zur Befriedigung seiner Gläubiger hingegeben hat“ (vgl. ferner § 2 Abs. 2). Für den Aufbau einer neuen Lebensstellung und für die Erlangung einer angemessenen Lebenshaltung kommen aber nur natürliche Personen in Betracht. Juristische Personen mögen sich, wenn sie wirtschaftlich zusammengebrochen sind, auflösen und verschwinden. An ihrer Erhaltung hat der Gesetzgeber kein Interesse. Vielmehr zeigen die Ges. v. 5. Juli 1934 über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften (RGBl. I, 569) und v. 9. Okt. 1934 über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften (RGBl. I, 914), daß die juristischen Personen nach Möglichkeit zurückgedrängt und, soweit sie lebensunfähig geworden sind, sogar zwangsweise aus dem Rechtsverkehr entfernt werden sollen.

Die weitere Beschw. erkennt demgemäß grundsätzlich auch an, daß juristische Personen von der Schuldenbereinigung ausgeschlossen sind. Sie hält es aber für geboten, eine Ausnahme dann zu machen, wenn eine juristische Person nur einen einzigen Gesellschafter hat, mit diesem also wirtschaftlich eins ist, und wenn der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft die (selbstschuldnerische) Bürgschaft übernommen hat. Auch diese besonderen Umstände können jedoch die Anwendung des Gesetzes nicht rechtfertigen. Es ist zwar richtig, daß eine Bereinigung der Schulden der Gesellschaft sich wirtschaftlich zugunsten des alleinigen Gesellschafters, übrigens ebenso zugunsten einer Mehrzahl von Gesellschaftern, auswirkt. Es bedarf aber der Herbeiführung dieses Erfolges nicht, um den Zweck des SchuldBereinG. zu erreichen. Soweit der einzelne Gesellschafter nur wirtschaftlich an der Entschuldung der Gesellschaft interessiert ist, ohne persönlich für deren Verbindlichkeiten zu haften, fehlt schon der eigentliche Grund für die Anwendung des Gesetzes, nämlich daß eine natürliche Person durch ihre alten Schulden gehindert wird, sich eine neue Lebensstellung aufzubauen. Der Gesellschafter braucht, selbst wenn er die Gesellschaft dem Konkurse oder der Liquidation überläßt, nicht erst von ihren Schulden befreit zu werden, da er durch sie ohnehin nicht belastet wird. Hat er aber die Bürgschaft übernommen, so besteht gleichwohl die Notwendigkeit, ihn durch eine Bereinigung der Verbindlichkeiten des Hauptschuldners mittelbar von seiner Bürgschaftsschuld zu entlasten, ebensowenig wie bei einem sonstigen Bürgen. Das Gesetz behandelt die Bürgschaften in § 3. Danach werden die Rechte der Gläubiger gegen den Bürgen durch eine Bereinigung der Verbindlichkeiten des Hauptschuldners regelmäßig nicht einmal berührt. Nur in besonderen Fällen kann hiervon abgewichen werden, soweit dies notwendig ist, um eine unbillige Härte zu vermeiden. Eine solche unbillige Härte kann aber überhaupt erst dadurch entstehen, daß dem Hauptschuldner die Schuldenbereinigung bewilligt wird, wenn nämlich nach § 3 Abs. 2 von dieser Bereinigung auch der Rückgriffsanspruch des Bürgen betroffen wird. Kommt dagegen für den Hauptschuldner eine Schuldenbereinigung nicht in Betracht, so bleibt für den Bürgen, falls die Voraussetzungen des Gesetzes in seiner Person gegeben sind, immer noch die Möglichkeit offen, wegen seiner Bürgschaftsschuld unmittelbar die Bereinigung in Anspruch zu nehmen. Das genügt vom Standpunkte des Gesetzes aus vollkommen. Sind nämlich jene Voraussetzungen nicht erfüllt, ist z. B. der Bürge nicht wirtschaftlich zusammengebrochen oder hat er die Bürgschaft erst nach dem 31. Dez. 1933 übernommen, so besteht vom Standpunkte des Gesetzes aus kein Anlaß, wegen einer solchen Schuld ein Bereinigungsverfahren einzuleiten. Sind aber die Voraussetzungen des Gesetzes in seiner Person erfüllt, so kann er selbst die Bereinigung seiner Schulden betreiben. In keinem Falle

fordert also die Rücksicht auf ihn, daß eine Vereinigung der Verbindlichkeiten des Hauptschuldners zugelassen werde.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 3. Nov. 1938, 1 Wx 517/38.) [H.]

Zivilprozeßordnung

34. RG. — §§ 239, 331 ZPO. Ist nach Einlegung der Rev., aber vor Eingang der RevBegr. der Rechtsstreit durch den Tod des RevBekl. unterbrochen und bleibt dessen Rechtsnachfolger trotz Ladung durch den RevKl. im Termin aus, dann ist durch Versäumniszwischenurteil das Verfahren für durch den Rechtsnachfolger aufgenommen zu erklären.

Da nach Einlegung der Rev. durch den Bekl. der Kl. verstorben ist, ohne für die RevInst. bereits einen Anwalt bestellt gehabt zu haben, wurde am 14. Dez. 1937, dem Todestag des G., das Verfahren unterbrochen (§§ 239, 246 ZPO.). Die Unterbrechung dauert bis zur ordnungsmäßigen Aufnahme des Verfahrens durch die Rechtsnachfolger des G. oder bis zur Rechtskraft der Entsch., durch die das Verfahren für von den Rechtsnachfolgern aufgenommen erklärt wird.

Die RevBegr., die der Prozeßbevollmächtigte des RevKl. (Bekl.) am 20. Dez. 1937 eingereicht hatte, entbehrte, weil das Verfahren unterbrochen war, der rechtlichen Wirkung. Es fehlte daher im Verhandlungstermin v. 13. Okt. 1938 an einer wesentlichen Förmlichkeit der Rev., und daher konnte in diesem Termin nicht über die Hauptsache (die Rev.), sondern nur über die Aufnahme verhandelt werden.

Von den fünf Kindern des verstorbenen Kl. sind zwei im Verhandlungstermin v. 13. Okt. 1938 nicht erschienen. Nach § 239 Abs. 4 ZPO. soll in einem solchen Fall auf Antrag die behauptete Rechtsnachfolge als zugestanden angenommen und zur Hauptsache verhandelt werden; es wäre also nach dieser Vorschrift über die Rev. selbst zu verhandeln und über sie durch Versäumnisurteil zu entscheiden. Da aber, weil eine wirksame RevBegr. noch nicht vorliegt, nach dem oben Gesagten eine Verhandlung über die Rev. selbst und daher auch eine Entsch. über sie durch Versäumnisurteil nicht möglich ist, konnte nur über die Rechtsnachfolge verhandelt und diese als zugestanden angenommen werden. Es konnte also auf den vom Prozeßbevollmächtigten des RevKl. gestellten Antrag lediglich durch Versäumniszwischenurteil das Verfahren für von den nichterschienenen Rechtsnachfolgern aufgenommen erklärt werden. Die Bedenken, die gegen die Zulässigkeit eines solchen Versäumniszwischenurteils erhoben werden könnten, hat das RG. bereits in seiner Entsch. vom 18. Mai 1908 (RGZ. 68, 390 = JW. 1908, 453) für unbegründet erklärt; an dieser Entsch. ist festzuhalten.

(RG., IV. ZivSen., U. v. 13. Okt. 1938, IV 243/37.) [N.]

*

35. RG. — § 256 ZPO. Ergibt sich bei der verneinenden Feststellungsklage, daß der Anspruch, dessen sich der Bekl. berühmt, zu irgendeinem Betrage begründet sei, dann ist über die Höhe des Anspruchs nur dann zu entscheiden, wenn der Bekl. den Anspruch beziffert hat; anderenfalls ist die Klage abzuweisen.

Die Kl. hat gegen die Bekl. u. a. auf Feststellung geklagt, daß sie nicht verpflichtet sei, den Bekl. die durch den Rohrbruch im Hause Brunnenstr. 2 entstandenen Schäden (die die Bekl. nicht näher beziffert haben) zu ersetzen. Sie ist mit diesem Antrage in allen drei Instanzen unterlegen. Das RG. führt in den Urteilsgründen u. a. aus:

Die Rev. hält es für unzulässig, daß das BG. die Feststellungsklage ohne weiteres abgewiesen hat, und meint, die Bekl. seien gehalten, die von ihnen behaupteten Schadensersatzansprüche zu beziffern, so daß geprüft werden könne, ob die Feststellungsklage nicht wenigstens zu einem Teil begründet sei. Dabei beruft sich die Rev. auf die Rspr., die dahin geht, daß eine verneinende Feststellungsklage nicht schlechthin abgewiesen werden darf, weil der Anspruch, dessen sich der andere berühmt hat, zu irgendeinem Betrage begründet sei, sondern daß in solchen Fällen entschieden werden muß, wie hoch dieser Anspruch wirklich ist. Das ist aber ein anderer Fall, der voraussetzt, daß der Bekl. seinen Anspruch schon in bestimmter Höhe aufgestellt hat. Bei solchem Sachverhalt wäre es nicht zu billigen, wenn das Gericht, obwohl es die Möglichkeit hat, den Streit durch Ermittlung der Höhe des Anspruchs völlig zu erledigen, dem Rechtsstreit seine Bedeutung für die Parteien im wesentlichen nähme, indem es die Feststellungsklage des angeblichen Schuldners abweist, weil er die ganze Forderung ablehnt, diese aber zu einem mehr oder weniger hinter der Berühmung zurückbleibenden Betrage begründet ist. So liegt es hier nicht. Die Bekl. haben bisher überhaupt keinen Betrag genannt, für den sie die Kl. in Anspruch nehmen. Bevor sie einen solchen beziffern, besteht gar nicht die Möglichkeit, den Streit der Parteien zu diesem Punkte in dem Rechtsstreit völlig zum Austrag zu bringen. Der Grund für die oben erwähnte Rspr. liegt also nicht vor. Daß aber die Bekl. gezwungen wären, weil die Kl. sie mit der verneinenden Feststellungsklage angreift, die Bezifferung vorzunehmen, also eine Maßnahme auszuführen, die sie noch gar nicht beabsichtigen, trifft nicht zu. Diese Art der Feststellungsklage ist ein Schutz des angeblichen Schuldners gegen die Beeinträchtigung, die für ihn darin liegt, daß der angebliche Gläubiger sich eines Anspruchs berühmt. Der Schutz kann nicht weitergehen als die Beeinträchtigung; er vermag unmöglich dazu zu führen, daß der andere gezwungen wird, seinen vermeintlichen Anspruch durch Angabe der Höhe auszugestalten und damit die Beeinträchtigung des Schuldners, gegen die dieser geschützt werden soll und sein will, erst zu verstärken. Es kommt hier dazu, daß die Bekl. nach der Feststellung des BG. überhaupt noch nicht imstande sind, die Bezifferung vorzunehmen, da der Umfang des Schadens aus den im BU. angeführten Gründen bisher nicht zu übersehen ist.

(RG., IV. ZivSen., U. v. 17. Okt. 1938, IV 80/38.) [N.]

*

36. OLG. — § 256 ZPO. Die Klage eines Kindes auf Feststellung „der blutsmäßigen Abstammung von dem zwischenzeitlich verstorbenen Sohn des Antragsgegners" kann nur auf § 256 ZPO., nicht auf die §§ 640—643 ZPO. gestützt werden (vgl. auch RG.: JW. 1938, 245 [19]). Das rechtliche Interesse ist zu verneinen, wenn der Antragsgegner die tatsächlichen Angaben des Antragstellers nicht bestreitet und bereit ist, in einer öffentlichen Urkunde seine Erklärungen über die Abstammung des Antragstellers niederzulegen (vgl. auch OLG. Stettin: JW. 1938, 1915 [65]).

(OLG. Köln, 1. ZivSen., Beschl. v. 21. Okt. 1938, 1 W 202/38.)

*

37. RG. — § 357 ZPO. Ein Verstoß gegen § 357 ZPO. macht die Beweisaufnahme unwirksam.

Mit der Klage hat die Kl. die Scheidung ihrer am 6. Mai 1931 geschlossenen Ehe mit dem Bekl. aus dessen Verschulden auf Grund der §§ 1565, 1568 BGB. verlangt. Der Bekl. hat um Klagabweisung, hilfsweise um Mitschuldigerklärung der Kl. wegen ehewidrigen und ehebrecherischen Umgangs mit anderen Männern gebeten. Das LG. hat der Klage stattgegeben, aber die Kl. für mitschuldig erklärt.

Das BG. hat den Mitschuldantrag des Bekl. abgewiesen und die Ehe aus alleinigem Verschulden des Bekl. geschieden.

Die Rev. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Zur Rechtfertigung seines Antrags auf Mitschuldigerklärung der Kl. hatte der Bekl. schon im ersten Rechtszuge u. a. behauptet, daß sie ehewidrigen Umgang mit einem Fabrikanten W. gepflogen habe, und diesen hierfür als Zeugen benannt. Der Beweis ist auch durch das darum vom LG. ersuchte schweizerische Gericht erhoben worden; dabei hat der Zeuge, uneidlich vernommen, ausgesagt, ehewidrige Beziehungen zu der Kl. habe er nie gehabt. Von dem Vernehmungstermine war der Bekl., obschon er keineswegs darauf verzichtet, sondern ausdrücklich darum gebeten hatte, nicht benachrichtigt worden und deshalb dazu auch nicht erschienen. Das hatte der Bekl. schriftsätzlich sofort gerügt und unter Hinweis darauf, daß der Zeuge in zwei Nebenpunkten, nämlich mit der Angabe, der Kl. niemals namhafte Geldbeträge gegeben zu haben, und der Bekundung, in den letzten drei bis vier Jahren mit ihr und ihren Eltern nicht mehr zusammengekommen zu sein, nachweislich die Unwahrheit gesagt habe, um nochmalige Vernehmung des Zeugen und um dessen Vereidigung gebeten, da anders die Wahrheit aus ihm nicht her-

ausgeholt werden könne. Das LG. ist hierauf nicht eingegangen und brauchte es auch nicht, weil es die Kl. schon aus anderen Gründen für mitschuldig erachtete. Im Berufungsverfahren hat der Bekl. jene Rüge und jenen Antrag in seiner Erwiderung auf die Berufungsbegründung wiederholt mit dem Hinzufügen, die Vernehmung v. 23. April 1937 sei bei der Einstellung des Zeugen in ihrem Ausfall zwangsläufig gleich Null gewesen, da sie ohne Zuziehung der Parteivertreter vorgenommen worden sei. Nach Durchführung der vom OLG. beschlossenen anderen Beweisaufnahme hat er in einem weiteren Schriftsatze um wiederholte Vernehmung des Zeugen W. gebeten. Das BG. hat den Zeugen trotzdem nicht nochmals vernommen, sondern seiner Entsch. die dem Bekl. ungünstige Aussage des Zeugen bei der erstinstanzlichen Vernehmung zugrunde gelegt.

Das wird von der Rev. mit Recht als Verstoß gegen §§ 357, 286 ZPO. gerügt. Was das BG. in dem angefochtenen Urteile zur Rechtfertigung seines Verfahrens ausführt, schlägt nicht durch.

Die Parteiöffentlichkeit der Beweisaufnahme ist eines der wichtigsten Parteirechte und die notwendige Gewähr eines brauchbaren Ergebnisses. Ein Verstoß gegen § 357 ZPO. macht deshalb die Beweisaufnahme unwirksam (RGZ. 136, 300 = JW. 1932, 3613 [6]). Das ersuchte schweizerische Gericht hat von einer Mitteilung des Beweistermins abgesehen, weil der Zeuge immer auswärts und deshalb eine vorherige Benachrichtigung der Parteien nicht möglich gewesen sei. Es kann dahingestellt bleiben, ob das zutraf und ein solches Vorgehen nach schweizerischem Recht deswegen zulässig war. Das deutsche Recht verbietet auch dann die Verwertung der Beweisaufnahme gegen den Willen der dadurch beschwerten Partei, solange deren Wiederholung unter Beachtung des § 357 ZPO. nicht etwa unmöglich ist. Droht die Aufnahme des angetretenen Beweises an dem Erfordernis der Benachrichtigung der Parteien zu scheitern, so ist es deren Sache, zu entscheiden, ob sie mit Rücksicht hierauf auf ihre Benachrichtigung verzichten wollen. Unerheblich ist auch, daß dem Bekl. durch Gerichtsbeschluß eine Frist von einem Monat zur Beseitigung der Hindernisse gesetzt war, die der Vernehmung des Zeugen bis dahin entgegengestanden hatten, und er deshalb Gefahr lief, mit diesem Beweismittel ausgeschlossen zu werden, wenn nicht das ersuchte Gericht die ihm sich bietende Vernehmungsmöglichkeit sofort ergriff, ohne erst die Parteien von dem Termin zu verständigen. Es stand bei dem Bekl., ob er diese Gefahr in Kauf nehmen oder zu ihrer Beseitigung auf Terminsnachricht verzichten wollte. Zudem würde der Bekl. nach ergebnislosem Ablauf der Frist nur für den ersten Rechtszug mit dem Beweismittel ausgeschlossen gewesen sein; im Berufungsverfahren hätte er den Beweisantritt trotzdem wiederholen können. Die entsprechende Anwendung des § 493 Abs. 2 ZPO. läßt sich entgegen der Ansicht des BG. mit diesen Erwägungen nicht rechtfertigen. Das Beweissicherungsverfahren steht unter anderen Voraussetzungen als die Beweisaufnahme im Prozesse selbst (§ 485 ZPO.); es hängt vor allem von dem Willen des Beweisführers ab. Auch die Vorschrift des § 364 Abs. 4 ZPO. gilt nur für den dort geregelten Sonderfall.

Es trifft auch nicht zu, daß der Bekl. die nochmalige Vernehmung des Zeugen nur beantragt hätte, um diesem vorhalten zu können, daß er der Wahrheit zuwider die Zuwendung namhafter Geldbeträge an die Kl. in Abrede gestellt und behauptet habe, in den letzten drei bis vier Jahren mit der Kl. und ihrer Familie überhaupt nicht mehr zusammengekommen zu sein. Der Bekl. hatte vielmehr auf die erweisliche Unrichtigkeit dieser Angaben des Zeugen lediglich zur Stützung seines Vorbringens hingewiesen, daß aus dem Zeugen die Wahrheit nur bei einer eidlichen Vernehmung in Gegenwart der Parteien herauszuholen sei. Zudem hatte er Behauptungen über den Ruf und den Lebenswandel des Zeugen aufgestellt, die zu Vorhaltungen an diesen ebenfalls geeignet gewesen wären und mit denen das BG. sich nicht auseinandergesetzt hat. Das BG. hat schließlich auch nur erwogen, daß aus der Zuwendung namhafter Geldbeträge an die Kl. und der Fortsetzung der Besuche des Zeugen bei dieser und ihren Eltern in den letzten Jahren noch kein Schluß auf geschlechtliche Annäherungen des Zeugen an die Kl. während ihrer Ehe gezogen werden könne, und damit seine Überzeugung begründet, daß der Zeuge auf Vorhalt zwar diese Zuwendungen und Besuche zugeben, an der Verneinung geschlechtlicher Beziehungen zur Kl. aber festhalten werde; es hat aber nicht beachtet, daß der Zeuge dann auch rechtfertigen müßte, weshalb er bei seiner ersten Vernehmung in diesen beiden Punkten die Unwahrheit gesagt hat, obschon der Bekl. gerade hierauf und die sich daraus ergebenden Bedenken gegen den entscheidenden Teil der ersten Aussage des Zeugen hingewiesen hatte. Die Frage, ob nicht der Zeuge wegen der Bedeutung seiner Aussage oder zur Herbeiführung einer wahrheitsgemäßen Aussage zu vereidigen sei (§ 391 ZPO.), hat das BG. überhaupt nicht erörtert, obschon der Bekl. eine Vereidigung beantragt hatte.

(RG., IV. ZivSen., U. v. 24. Okt. 1938, IV 123/38.)

*

38. LG. — § 807 ZPO. Der Gläubiger ist berechtigt, die Ergänzung des vom Schuldner in einer anderen Sache beschworenen Vermögensverzeichnisses zu verlangen.

Der Schuldner L. hat in Sachen M.-L. am 31. Aug. 1938 den Offenbarungseid geleistet und dabei ein Vermögensverzeichnis vorgelegt, in welchem er unter den Forderungen angegeben hat, er habe aus „Erbengemeinschaft L. in G. einen Schuldschein über 5000 *RM* gegen Franz S. in K.". Der Gläubiger K., der gegen den Schuldner einen Titel über 110,75 *RM* besitzt, hat den Antrag gestellt, den Schuldner zur Ergänzung des beschworenen Vermögensverzeichnisses zu laden. Das AG. hat diesen Antrag abgewiesen. Die sofortige Beschw. ist begründet.

Daß der Gläubiger berechtigt ist, die Ergänzung des von dem Schuldner beschworenen Vermögensverzeichnisses und gegebenenfalls nochmalige Beeidigung zu verlangen, kann nicht zweifelhaft sein. Der Offenbarungseid ist zwar auf den Antrag eines anderen Gläubigers geleistet worden, dieser Umstand steht aber der Befugnis des jetzigen Gläubigers, eine Ergänzung zu beantragen, nicht entgegen, und zwar um so weniger, als der Gläubiger in dieser Sache die Ableistung des Offenbarungseides beantragt hatte, als das Verfahren in der anderen Sache noch nicht erledigt war. Das Verfahren auf Ergänzung eines Vemögensverzeichnisses ist nicht ein solches nach § 903 ZPO., sondern es ergibt sich aus der Bestimmung des § 807 ZPO., daß der Schuldner verpflichtet ist, sein Vermögen so vollständig anzugeben, als er dazu im Stande ist. Wollte man dem Gläubiger in der vorstehenden Sache die Möglichkeit nehmen, eine Ergänzung des in einer anderen Sache beschworenen Vermögensverzeichnisses zu verlangen, so würde er u. U. keine Möglichkeit haben, gegen den Schuldner vorzugehen, und sich Befriedigung zu verschaffen, wenn der Gläubiger in der anderen Sache aus irgendeinem Grunde eine Ergänzung eines unvollständigen Vermögensverzeichnisses nicht beantragt. Dies kann nicht der Sinn der oben genannten Gesetzesbestimmung sein. Das Verlangen des Gläubigers ist auch im übrigen gerechtfertigt. Es muß ihm die Möglichkeit gegeben werden, auf Grund der Angaben des Schuldners in dem beschworenen Vermögensverzeichnis ohne weiteres Maßnahmen zu ergreifen, um sich Befriedigung zu verschaffen; dies kann er aber nicht, wenn ihm die genaue Anschrift eines Drittschuldners nicht bekannt ist. Es kann ihm nicht zugemutet werden, an Hand unvollständiger Angaben des Schuldners selbst Ermittlungen anzustellen. Der Schuldner hat also die Pflicht das unvollständige Vermögensverzeichnis durch Angabe der genauen Anschrift des Drittschuldners sowie des Inhalts des Schuldscheins zu ergänzen, da diese Angaben für den Gläubiger von wesentlichem Interesse sind. Der Gläubiger hat auch einen Anspruch darauf, daß der Schuldner die Gegenstände genau bezeichnet, die er unter Eigentumsvorbehalt gekauft hat, und daß er ihm die Namen der Verkäufer mitteilt, denn der Gläubiger hat die Möglichkeit, den Anspruch des Schuldners auf Übertragung des Eigentums zu pfänden und die Gläubiger der Kaufpreisrestforderungen zu befriedigen, wodurch die in Frage kommenden Gegenstände in das freie Eigentum des Gläubigers fallen würden.

(LG. Düsseldorf, 7. ZK., Beschl. v. 3. Nov. 1938, 7 T 1170/38.)

*

39. OLG. — § 811 Ziff. 1 ZPO. Pfändung auf Abzahlung verkaufter, dem Schuldner unentbehrlicher Sachen wegen der Restkaufpreisforderung ist unzulässig.

Der Gläubiger hat dem Schuldner, der verheiratet ist und vier Kinder hat, 4 Stühle, 1 Couch und 1 Ausziehtisch unter Eigentumsvorbehalt auf Abzahlung zum Preise von 179 *RM* ver-

kauft und geliefert. Der Schuldner hat 100 RM angezahlt und die erste Abzahlungsrate von 20 RM bezahlt. Zur Zahlung der Restsumme ist er rechtskräftig verurteilt. Auf Grund dieses Zahlungsurteils hat der Gläubiger die dem Schuldner verkauften Sachen pfänden lassen. Der Schuldner hat zunächst zweimal Vollstreckungsschutz beantragt und gegen Auferlegung von Ratenzahlungen erhalten. Da er jedoch während längerer Zeit nur neunmal die Wochenrate von 3 RM zahlte und den Rest unbezahlt ließ, wurde der Vollstreckungsschutz aufgehoben, die Zwangsvollstreckung fortgesetzt und Versteigerungstermin anberaumt. Darauf hat der Schuldner gegen die Zwangsvollstreckung Erinnerung eingelegt, weil die sechsköpfige Familie die gepfändeten Sachen dringend für die Haushaltsführung brauche (§ 811 Ziff. 1 ZPO.). Das AG. Hamburg-Blankenese hat die Erinnerung zurückgewiesen, weil der Schuldner sich auf § 811 ZPO. gegenüber dem Eigentum des Gläubigers nicht berufen könne. Auf sofortige Beschw. des Schuldners hat das LG. Hamburg durch Beschl. v. 15. Aug. 1938 den angefochtenen Beschluß aufgehoben und den Gerichtsvollzieher angewiesen, die gepfändeten Gegenstände freizugeben. In der Begründung wird ausgeführt, der von verschiedenen Gerichten vertretenen Auffassung des AG. könne die Kammer sich nicht anschließen. Sie habe in ständiger Rspr. den Standpunkt vertreten, daß der Gläubiger wählen müsse, ob er sein Eigentumsrecht geltend machen oder sich im Wege der Zwangsvollstreckung befriedigen wolle. Im ersten Falle sei er auf die Herausgabeklage angewiesen. Im zweiten Falle stehe ihm der einfachere Weg der Pfändung offen; er müsse sich dann aber auch alle Einwendungen gefallen lassen, die das Gesetz im Interesse des Pfändungsschuldners und der Öffentlichkeit für zulässig erkläre.

Gegen diesen am 22 Aug. 1938 zugestellten Beschluß hat der Gläubiger am 3. Sept. 1938 sofortige weitere Beschw. eingelegt. Diese ist zulässig, jedoch nicht begründet.

Ob der Schuldner „böswillig" (wie der Gläubiger unter Hinweis auf die Vollstreckungsschutzverfahren behauptet) oder mangels ausreichender Einnahmen (wie der Schuldner behauptet) die Ratenzahlungen nicht eingehalten hat, ist für die Frage der Pfändbarkeit ohne Bedeutung. Hierfür kann es nur darauf ankommen, ob die gepfändeten Sachen dem Schuldner tatsächlich unentbehrlich sind. Das aber kann bei seinen Familienverhältnissen nicht ernsthaft bezweifelt werden.

Zur Begründung der Beschw. wird weiter geltend gemacht, dem Schuldner nicht gehörige Sachen könnten ihm überhaupt nicht unentbehrlich sein, weil sie ihm durch eine Herausgabeklage ohne weiteres jederzeit entzogen werden könnten. Dann aber sei es auch aus praktischen Gründen unrichtig, dem Gläubiger die Pfändung zu versagen und ihn auf die Herausgabeklage zu verweisen, weil das beide Parteien nur benachteilige: Der Schuldner könne gegenüber einem Zahlungsurteil Vollstreckungsschutz nachsuchen, gegenüber einem Herausgabeurteil nicht; die Befriedigung des Gläubigers zögere sich unnötig hinaus, wenn er nun auch noch erst auf Herausgabe klagen und nochmals Kosten vorschießen müsse; noch weniger sei dem Schuldner geholfen, der dann auch noch die Kosten des Herausgabeprozesses tragen müsse.

So ganz unbeachtlich sind diese Gründe sicher nicht. Ihrem Gewicht hat sich die neuere Rspr. nicht entzogen. Während die Gerichte früher aus der ursprünglich überhaupt abgelehnten und erst später zugelassenen Pfändbarkeit eigener Sachen des Gläubigers folgerten, daß der Gläubiger, wenn er schon diesen Weg gehe, dann selbstverständlich auch die mit ihm kraft Gesetzes verbundenen Nachteile und Einwendungen sich gefallen müsse (OLG. Karlsruhe: JW. 1926, 1608; OLG. Königsberg: JW. 1930, 177 mit zustimmender Anm. Oertmann), mehren sich neuerdings die Entscheidungen, die aus ähnlichen Gründen, wie sie die Beschw. vorbringt, dem Schuldner den Unentbehrlichkeitseinwand versagen, wenn der Gläubiger seine eigenen Sachen pfändet (LG. Hagen und OLG. Hamm: JW. 1938, 1049; LG. Bamberg: JW. 1938, 897; LG. Altona: JW. 1937, 1669). Indessen gibt in der zuletzt erwähnten Entscheidung auch das LG. Altona zu, daß dieser „Arglisteinwand" versagen müsse, wenn im Einzelfall Grund zu der Annahme bestehe, daß der Gläubiger zwecks Umgehung der ihm nach dem AbzG. im Falle des Rücktritts obliegenden Pflichten an Stelle der Herausgabeklage die Zahlungsklage nebst Pfändung gewählt habe. Das führt auf den im vorl. Fall entscheidenden Gesichtspunkt.

Soweit es sich um nicht dem AbzG. unterliegende Fälle handelt, braucht hier zu der Streitfrage keine Stellung genommen zu werden. Mindestens auf Abzahlungssachen aber trifft die Grundlage des Arglisteinwands nicht zu, die in der Annahme besteht, der Schuldner müsse auf Herausgabeklage hin die Sachen dem Gläubiger auf Grund seines Eigentums ohne weiteres herausgeben, so daß die Verweisung auf die Herausgabeklage nur unnötiger und schädlicher Formalismus wäre. Denn der Abzahlungsverkäufer ist gegenüber einem im Zahlungsverzug befindlichen Abzahlungskäufer auch auf Grund eines etwaigen Eigentumsvorbehalts keineswegs immer berechtigt, einfach schlechthin die Herausgabe der Sachen zu verlangen (darauf hat schon 1931 das OLG. Jena hingewiesen in JW. 1931, 2145). Er hat vielmehr nach zwingender gesetzlicher Vorschrift Zug um Zug gegen Herausgabe der Sachen die vom Käufer geleisteten Zahlungen abzüglich des Gebrauchs- und Abnutzungswerts der Sachen zurückzuzahlen. Dabei kann sich der Gläubiger schlechter und der Schuldner besser stehen als wenn der Gläubiger dem Schuldner die Sachen auf dem Wege des Zahlungsurteils und der Pfändung entzieht. Das hat dazu geführt, daß einerseits die Abzahlungsverkäufer den Weg der Zahlungsklage und Pfändung bevorzugten, andererseits aber die Gerichte besonders in neuerer Zeit Umgehungen des AbzG. schärfer als früher entgegentraten (vgl. Crisolli: JW. 1934, 1817 ff.; RGZ. 139, 205 ff. = JW. 1933, 909[9] m. Anm.; Danielczik: JW. 1937, 290 ff.) und schließlich das LG. Berlin (JW. 1938, 2300 im Anschluß an Danielczik) schon in jeder Pfändung von Abzahlungssachen durch den Abzahlungsverkäufer einen die Schutzvorschriften des AbzG. auslösenden Rücktritt des Gläubigers vom Abzahlungsvertrag sah. Inwieweit diese Auffassungen berechtigt sind, braucht hier nicht entschieden werden. Hier genügt die Feststellung, daß selbst die Pfändung entbehrlicher Abzahlungssachen durch den Abzahlungsverkäufer keineswegs eine klare Rechtslage zugunsten des Gläubigers schafft und daher vollends keine Veranlasssung besteht, nun gar auch noch die Pfändung unentbehrlicher Sachen durch Versagung des Unentbehrlichkeitseinwands noch besonders zu begünstigen. Entscheidend kommt folgendes hinzu:

Wenn überhaupt, so könnte die Pfändung unentbehrlicher Abzahlungssachen zum mindesten nur dann zulässig sein, wenn sich der Schuldner dabei im Einzelfall nicht schlechter stehen würde als bei der Abrechnung nach den zwingenden Vorschriften des AbzG. im Falle der Herausgabe. Wollte man aber unter dieser Voraussetzung die Pfändung für zulässig erklären, so wäre die Folge, daß das Vollstreckungsgericht in jedem Einzelfall feststellen müßte, unter welchen Bedingungen der Schuldner auf eine Herausgabeklage hin die Pfandsachen herausgeben müßte, ob er nämlich dabei noch eine Rückzahlung verlangen könnte und in welcher Höhe. In jedem derartigen Zwangsvollstreckungsverfahren würde somit dem Vollstreckungsgericht auch die sonst vom Prozeßgericht im Herausgabestreit zu erfüllende Aufgabe obliegen. Das aber ist nicht angängig.

Entgegen der Auffassung des LG. Altona muß deshalb dem unentbehrliche Abzahlungssachen pfändenden Gläubiger die Berufung auf sein Eigentum auch dann versagt bleiben, wenn im Einzelfall nicht ohne weiteres Grund zu der Annahme besteht, daß der Gläubiger das AbzG. umgehen will. Vielmehr muß grundsätzlich die Prüfung des auf das Eigentum des Gläubigers sich stützenden Herausgabeanspruchs dem dafür gesetzlich vorgesehenen ordentlichen Prozeßverfahren vorbehalten bleiben. Abzulehnen ist auch mit dem LG. Berlin (JW. 1938, 2300) die Meinung von Crisolli (JW. 1934, 1820), daß u. U. das Vollstreckungsgericht im Zwangsvollstreckungsverfahren den Parteien dasjenige zusprechen müsse, was sie im Falle einer Herausgabeklage nach dem AbzG. zu verlangen hätten. Es ist nun einmal nicht die Aufgabe des Vollstreckungsgerichts — das vereinfachte Vollstreckungsverfahren eignet sich auch sachlich nicht dafür —, über sachliche Ansprüche der Parteien zu entscheiden, vollends dann nicht, wenn es sich dabei um Fragen handelt, die in Schrifttum und Rspr. derart streitig sind wie es vielfach gerade im Abzahlungsrecht der Fall ist. Dabei ist auch zu beachten, daß es sich bei diesen Streitigkeiten u. U. (etwa bei Kraftwagen) um Streitwerte handelt, die der Zuständigkeit des RG. unterliegen. Die Folge der hier bekämpften Ansicht wäre also, daß infolge der Verschiebung des Instanzenzuges auf das Vollstreckungsgericht die Herbeiführung von Entscheidungen des RG. auf einem besonders bedeutsamen Rechtsgebiet völlig unterbunden werden könnte. In dieser Ausschaltung des ordentlichen Prozeßweges liegt eine unzulässige Umgehung des Gesetzes, die im Interesse der Allgemeinheit nicht zugelassen werden kann, mag auch — wenn der Gläubiger nun einmal den verkehrten Weg gewählt hat — die Verweisung auf den bisher nicht eingeschlagenen richtigen Weg, die Herausgabeklage, für beide Parteien nachteilig sein. Diese von der Beschw. hervorgehobenen Nachteile der im Einzelfall betroffenen Parteien müssen zurücktreten hinter den Nachteilen, die die grundsätzliche und allgemeine Zuständigkeitsverschiebung vom ordentlichen Gericht auf das Vollstreckungsgericht mit sich bringen würde.

Dabei ist aber auch noch darauf hinzuweisen, daß ja schließlich auch im Herausgabeprozeß verständiges Zusammenwirken des Gerichts und der Parteien zu jener zweckmäßigen Regelung unter Vermeidung unnötiger Kosten führen kann, die die Beschw. als Vorzug der Zahlungsklage vor der Herausgabeklage bezeichnet. Auch auf Herausgabeklage hin kann durch einen Ratenzahlungs-

vergleich (bei dessen Nichterfüllung der Schuldner die Sache herauszugeben hat) ähnliches erreicht werden wie durch ein Zahlungsurteil nebst Pfändung und Vollstreckungsschutzverfahren.

(OLG. Hamburg, Beschl. v. 10. Nov. 1938, 2 W 165/38.)

Armenrecht

40. OLG. — § 1 ArmAnwG.; § 13 RAGebO.

1. Überschreitung des Rahmens der Beiordnung durch den ArmAnw. läßt den Gebührenanspruch an die Reichskasse für die innerhalb der Beiordnung liegende Tätigkeit unberührt.

2. Der Anwalt des Bekl., der lediglich den Auftrag hat, einer Herausgabeklage gegenüber ein Zurückbehaltungsrecht geltend zu machen, hat Anspruch auf die Prozeßgebühr nach dem vollen Streitwert des Herausgabeanspruchs, nicht nur nach dem niedrigeren Werte der Gegenforderung, wegen der das Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden soll. †)

LG. hat der Bekl. das Armenrecht bewilligt „jedoch nur für den Antrag auf Verurteilung Zug um Zug gegen Ersatz der von ihr gemachten Aufwendungen", während es das Armenrecht für den Antrag auf Klageabweisung verweigerte. Der der Bekl. als ArmAnw. beigeordnete RA. St. hatte bereits in der vorausgegangenen Verhandlung den Antrag auf Abweisung der Klage verlesen, mit dem auch später streitig verhandelt worden ist.

Der UrkB. hat die an RA. St. aus der Reichskasse zu erstattenden Gebühren und Auslagen auf 152,86 *RM* festgesetzt. Gegen diesen Beschluß hat der Bezirksrevisor für die Reichskasse Erinnerung eingelegt, weil der ArmAnw., statt den Antrag auf Zug-um-Zugleistung zu stellen, den Klageabweisungsantrag aufrechterhalten habe und deshalb eine Vertretung durch den ArmAnw. im Rahmen des Armenrechtsbeschlusses nicht erfolgt sei. Das LG. hat die Erinnerung als unbegründet zurückgewiesen.

Die von dem Bezirksrevisor eingelegte Beschw. ist unbegründet.

Richtig ist zwar, daß die Beiordnung die Grundlage des Erstattungsanspruchs des ArmAnw. gegen die Reichskasse ist (KG.: Gaedeke, 2. Aufl., Nr. 601) und daß die Anwaltsbeiordnung sich grundsätzlich so weit erstreckt, wie die Armenrechtsbewilligung reicht (KG. a. a. O. Nr. 613). Daraus kann aber nicht, wie die Beschw. es erstrebt, der Schluß gezogen werden, daß der Rechtsanwalt, der einen Antrag stellt, für den das Armenrecht nicht bewilligt worden ist, überhaupt keinen Anspruch auf Erstattung von Kosten aus der Reichskasse erlange. Insbes. kann und soll der Rechtsanwalt, der von der Partei bereits vor der Bewilligung des Armenrechts einen Auftrag zu ihrer Vertretung erhalten hatte, dadurch, daß der Partei das Armenrecht nicht in vollem Umfang bewilligt wird, nicht gezwungen werden, den Rechtsstreit für die Partei nur in diesem beschränkten Umfang weiterzuführen. Er bleibt vielmehr berechtigt, entsprechend dem ihm von der Partei erteilten Auftrag, den Rechtsstreit in dem ursprünglich beabsichtigten Umfang weiterzuführen. Überschreitet er dabei die durch die Armenrechtsbewilligung gezogenen Grenzen, so hat dies nicht den Verlust eines jeden Erstattungsanspruchs gegen die Reichskasse zur Folge, die Folge ist vielmehr nur die, daß er der Reichskasse seine Gebühren nur nach dem Streitwert berechnen kann, den die Armenrechtsbewilligung umfaßt. Wegen seiner weitergehenden Ansprüche kann er sich nur an seine Partei als deren Wahlanwalt halten, ebenso wie die Partei selbst durch eine beschränkte Armenrechtsbewilligung die Befreiung von der Berichtigung der Gerichtskosten nur insoweit erlangt, als die Gerichtskosten auf den Teil des geltend gemachten Anspruchs entfallen, für den ihr das Armenrecht bewilligt worden ist, während sie für die Mehrkosten zahlungs- und vorschußpflichtig bleibt. Hat z. B. die Partei eine Klage auf Zahlung von 2000 *RM* erhoben und ist ihr das Armenrecht nur in Höhe von 1000 *RM* bewilligt worden, so verliert der in diesem Umfang beigeordnete ArmAnw. seinen Anspruch auf Erstattung seiner Gebühren und Auslagen nach § 1 ArmAnwG. nicht dadurch, daß er gleichwohl den Anspruch auf 2000 *RM* weiterverfolgt, kann aber seinem Erstattungsanspruch der Reichskasse gegenüber nur einen Streitwert von 1000 *RM* zugrunde legen. Das gleiche gilt, wenn der Partei, die auf Zahlung von 2000 *RM* verklagt worden ist, das Armenrecht zur Verteidigung gegen diesen Anspruch nur insoweit bewilligt worden ist, als mehr als 1000 *RM* gefordert werden.

Es ist deshalb auch im vorl. Falle dem der Bekl. beigeordneten ArmAnw. sein Erstattungsanspruch gegen die Reichskasse nicht deshalb zu versagen, weil er einen Antrag aufrechterhalten hat, für den die Bewilligung des Armenrechts abgelehnt worden war, sondern es ist zu prüfen, ob er geringere Gebühren zu beanspruchen gehabt hätte, wenn er lediglich den Antrag gestellt hätte, für den seiner Partei das Armenrecht bewilligt worden war.

Wenn das LG. in dem Beschl. v. 6. April 1938 der Bekl. das Armenrecht nur „für den Antrag auf Verurteilung Zug um Zug gegen Ersatz ihrer Aufwendungen" bewilligt, so bedarf der landgerichtliche Beschluß der Auslegung. Denn einen Antrag auf Verurteilung Zug um Zug konnte nur die Kl., nicht aber die Bekl. stellen. Es ist aber offensichtlich und aus dem früheren, die Armenrechtsbewilligung ablehnenden Beschl. v. 31. März 1938 i. Verb. m. der Beschw. klar ersichtlich, daß die Bewilligung des Armenrechts an die Bekl. zu dem Zwecke erfolgen sollte, um ihr die Möglichkeit zu geben, ihr Zurückbehaltungsrecht in dem Rechtsstreit überhaupt geltend machen zu können und dadurch eine unbedingte Verurteilung zu vermeiden, was nur durch einen Anwalt möglich war. Hätte sich also der ArmAnw. im Rahmen der Armenrechtsbewilligung gehalten, so hätte er sich darauf beschränken müssen, das Zurückbehaltungsrecht der Bekl. nach § 274 BGB. im Rechtsstreit geltend zu machen. Dadurch hätte sich aber der Streitwert des Rechtsstreits nicht geändert, da für eine Herausgabeklage sich der Streitwert nur nach dem Werte der herausverlangten Sachen bestimmt, die Höhe der Forderung, wegen deren ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht wird, aber auf die Bemessung des Streitwerts ohne Einfluß ist (vgl. den Beschl. des Senats 14 C Reg. 106/31 v. 26. März 1931; KG.: JW. 1929, 134; RGZ. 140, 359 = JW. 1933, 2057 [12]). Das LG. hätte also, auch wenn die Bekl. nicht Abweisung der Klage beantragt, sondern nur ihr Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht hätte, den Streitwert nicht niedriger festsetzen können.

Auch der Rechtsanwalt des Bekl. hat Anspruch auf die Prozeßgebühr nach dem Werte des Streitgegenstandes zur Zeit der Klagerhebung, wenn er tätig geworden ist, solange die Klage noch nicht ganz oder teilweise zurückgenommen worden ist (RGZ. 7, 356; München ROLG. 31, 224). Was er dem Klageanspruch gegenüber einwendet, ist gleichgültig (RG.: JW. 1893, 353 [37]). Danach wäre für RA. Dr. St. der Anspruch auf die Prozeßgebühr unter Zugrundelegung eines Streitwerts von 3000 *RM* selbst dann entstanden, wenn er sich auf die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts wegen einer geringeren Gegenforderung beschränkt oder den Anspruch Zug um Zug gegen Zahlung der Gegenforderung anerkannt hätte.

Die vom LG. erfolgte Einschränkung der Armenrechtsbewilligung war danach praktisch für die Höhe der Gebühren ohne Bedeutung.

(OLG. Dresden, Beschl. v. 17. Okt. 1938, 14 W 456/38.)

Anmerkung: Hier wird einmal in recht anschaulicher Weise das Verhältnis zwischen Auftrag und Beiordnung unter dem Gesichtspunkt klargestellt, wie eine Überschreitung des Rahmens der Beiordnung unter Wahrung jedoch des Rahmens des Parteiauftrags sich gebührenrechtlich der Reichskasse gegenüber auswirkt. Der zum Ausgangspunkt zu nehmende Grundsatz ist der: der in zeitlicher, sachlicher und verfahrensrechtlicher Hinsicht gezogene Rahmen ist Grenze und Grundlage zugleich für diejenige Tätigkeit des ArmAnw., durch welche ihm ein Anspruch auf Gebühren und Auslagen an die Reichskasse erwächst (so Gaedeke, „ArmAnwG." S. 88). Der sachliche Rahmen ergibt sich dabei aus demjenigen Anspruch und gegebenenfalls derjenigen Art Antrag, für welche das Armenrecht nachgesucht und, meist ohne ausdrückliche Wiederholung im Armenrechtsbeschluß selbst, bewilligt wird, sofern nicht der gerichtliche Beschluß ausdrücklich etwas anderes, z. B. eine Einschränkung, sei es der Höhe, sei es der Zahl und Art, sei es auch nur der Art der zu stellenden Anträge nach enthält.

Nun könnte man, äußerlich betrachtet, sagen, daß der ArmAnw. nur, wenn er genau dieser Bewilligung und demgemäß Beiordnung entsprechend eine Tätigkeit entwickelt, überhaupt einen Gebührenanspruch an die Reichskasse erwerben kann. Das ist sogar zweifellos dann richtig, wenn man an eine Tätigkeit in einer ganz anderen Richtung, als sie der bisher angekündigte und vom Armenrecht umfaßte Anspruch und Antrag wiesen, denkt. Bildlich gesprochen: der ArmAnw. darf nur das vom Gericht für seetüchtig befundene Schiff und auch nur auf dem vom Gericht für aussichtsvoll gehaltenen und gebilligten Kurs steuern. Folglich entwickelt der Anwalt, der eine Klage auf Einwilligung in die Auszahlung eines hinterlegten Betrages erheben soll, statt dessen aber Zahlungsklage erhebt, eine andersgerichtete, völlig außerhalb des Rahmens der Beiordnung stehende Tätigkeit, ein aliud. Er überschreitet also nicht etwa nur umfangmäßig den Rahmen der Beiordnung, sondern handelt von Anfang an außerhalb des Rahmens derselben. Es liegt auf der Hand, daß diese Tätigkeit, sofern sie nicht aus besonderen Gründen vom Gericht nachträglich genehmigt wird, eine Haftung der Reichskasse nicht begründen kann. Wenn dagegen das Armenrecht, das für 2000 *RM* nachgesucht war, nur für 1000 *RM* bewilligt wird, der ArmAnw. aber gleichwohl das Verfahren wegen 2000 *RM* betreibt, dann ist das kein aliud, sondern ein plus. Bis zu 1000 *RM* handelt

der Anwalt im Rahmen der Beiordnung, darüber hinaus dagegen überschreitet er diesen Rahmen und insoweit erwächst ihm kein (Mehr-) Anspruch gegen die Reichskasse. Jedenfalls handelt er bis zur Grenze beiordnungsgemäß.

Diese die unentbehrliche Grundlage für eine zutreffende Beurteilung der zur Erörterung stehenden Frage bildenden Erwägungen hat offenbar die Reichskasse nicht angestellt, als sie sich dagegen gewandt hat, bei Stellung des Abweisungsantrages an Stelle des eingeschränkteren Antrages auf Verurteilung nur Zug um Zug (entsprechend der ausdrücklichen Armenrechtseinschränkung) dem ArmAnw. einen Anspruch an die Reichskasse zu geben. Denn die Auffassung des OLG. Dresden, daß hierbei allenfalls nur eine — umfangmäßige — Überschreitung des Rahmens der Beiordnung vorliegt, ist ohne Frage zutreffend.

Rechtlich ist also diese Überschreitung dem Gebührenanspruch in der Höhe unschädlich, in der er durch die noch innerhalb der Beiordnung liegende Tätigkeit erwachsen ist. Dabei ist naturgemäß stets selbstverständliche Voraussetzung, daß auch der entsprechende Auftrag der armen Partei vorliegt, weil ja ohne ihn selbst die beiordnungsgemäße Tätigkeit dem Anwalt nichts nutzt.

Daß gerade im obigen Falle selbst die Überschreitung der Beiordnung praktisch bedeutungslos ist, weil sie gar keine Mehrkosten verursacht hat, ist ebenfalls richtig. Auch insoweit kann dem OLG. Dresden nur beigepflichtet werden.

KGR. Dr. Gaedeke, Berlin.

*

41. KG. — § 1 ArmAnwG.; §§ 271, 614 a ZPO.; § 14 RAGebO. Mitteilung der Klagerücknahme an das Gericht ist auch bei nichtzugestellter Klage keine überflüssige Maßnahme, läßt also für sich allein schon für den beigeordneten ArmAnw. den Anspruch auf 5/10-Prozeßgebühr an die Reichskasse erwachsen.

Mit Recht beanstandet die Beschw. der Reichskasse die Begründung des angefochtenen Beschlusses, welcher von einer Rückwirkung des Armenrechtsbeschlusses v. 2. Juli 1938 auf den Zeitpunkt der Beschlußfassung ausgeht. Der Senat hat bereits in seiner grundſ. Entsch. 20 Wa 44/38 v. 21. Mai 1938 (JW. 1938, 2043) klargestellt, daß mangels ausdrücklicher Rückwirkungsanordnung der Zeitpunkt der Wirksamwerdung von Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung mit dem Zeitpunkt der Aushändigung der gerichtlichen Entscheidung an den zuständigen Beamten zwecks Aufgabe bei der Post zur Zustellung an die Beteiligten zusammenfällt, sofern, wie hier, diese Zustellung dann auch erfolgt. Der Senat hat in dieser Entscheidung sich der Erwägung, daß schon ein früherer Zeitpunkt als Beginn der Wirksamkeit in Frage kommen könne, so etwa der Zeitpunkt der Beschlußfassung durch das Prozeßgericht, nicht anschließen können und muß dabei auch gegenüber den an sich beachtlichen Ausführungen von Kubisch in der Besprechung der oben genannten Entscheidung (JW. 1938, 2043) verbleiben. Denn andernfalls würde für Armenrechtsbeschlüsse eine Sonderbeurteilung Platz greifen müssen, für welche es indes an einer ausreichenden gesetzlichen Rechtfertigung fehlt.

Wenn daher LG. ausführt, es müsse nach den Umständen angenommen werden, daß die Bewilligung ohne weiteres auf den Augenblick zurückwirken sollte, in welchem die Voraussetzungen für die Bewilligung des Armenrechts vorlagen, und hierfür den Zeitpunkt der Beschlußfassung als maßgebend annimmt, so ist diese Auslegung, die das LG. seinem Armenrechtsbeschluß nachträglich gibt, durch keinerlei tatsächlich vorl. Umstände gerechtfertigt und deshalb für die jetzige kostenrechtliche Beurteilung nicht maßgebend.

Trotzdem wird dadurch nicht die Versagung einer Prozeßgebühr überhaupt gerechtfertigt. Denn § 271 Abs. 2 Satz 2 ZPO. schreibt ausdrücklich die Bekanntgabe der durch Zustellung an den Gegner erfolgten Klagerücknahme an das Gericht vor, mißt also aus naheliegenden Gründen der Unterrichtung des Gerichts über die Beendigung des Rechtsstreits durch Klagerücknahme Bedeutung bei. Die Erklärung gegenüber dem Gericht ist sogar im Eheprozeß gemäß § 614 a ZPO. die allein wirksame Form der Klagerücknahme (DurchfVO. z. EheG. v. 27. Juli 1938 § 34). Wenn nun auch bei einer noch nicht zugestellten Klage die Rücknahme formlos, in jeder Weise erfolgen kann, d. h. es insbes. der Zustellung an den Gegner nicht bedarf, so bleibt doch im Verhältnis zwischen Anwalt und Gericht die maßgebende Erwägung die gleiche: die zuverlässige, verantwortliche Unterrichtung des Gerichts darüber, daß der Rechtsstreit sein Ende gefunden hat. Wo ein Prozeßbevollmächtigter bestellt ist, kann naturgemäß die Mitteilung verantwortlich nur durch diesen erfolgen. Er übernimmt damit zugleich dem Auftraggeber wie dem Gericht gegenüber die volle Verantwortung für die Prozeßbeendigung ohne (weitere) Inanspruchnahme des Gerichts. Diese Mitteilung ist also keinesfalls nur ein völlig überflüssiger und deshalb kostenrechtlich bedeutungsloser Akt, sondern eine verfahrensrechtlich belangvolle, vom Auftrag der Partei mitumfaßte, demnach beim ArmAnw. auch durch die Beiordnung gedeckte Maßnahme. Sie gehört zum allgemeinen Geschäftsbetrieb und läßt somit allein schon als solche die Prozeßgebühr, gegebenenfalls nur zu 5/10 (§ 14 RAGebO.), erwachsen.

Ist sie also ausgeübt, nachdem bereits die Beiordnung des ArmAnw. wirksam geworden war, ohne daß vorher der ArmAnw schon in seiner Eigenschaft als solcher tätig geworden war, dann genügt allein diese Tätigkeit bereits, um ihm als ArmAnw., d. h. der Reichskasse gegenüber, die Prozeßgebühr, allerdings nur zu 5/10 der vollen Gebühr, anfallen zu lassen.

Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. RA. Dr. M. hat durch Mitteilung v. 13. Juli 1938 dem Gericht die Klagerücknahme angezeigt. Bereits am 13. Juli ist aber der am 14. Juli dem ArmAnw. zugegangene Armenrechtsbewilligungs- und Beiordnungsbeschluß v. 2. Juli 1938 zur Post gegeben und somit nach den oben entwickelten Grundsätzen wirksam geworden.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 15. Okt. 1938, 20 W 4417/38.)

*

42. KG. — § 124 ZPO. Verfügungen über den Erstattungsanspruch von dritter Seite (z. B. Pfändung durch einen Gläubiger der armen Partei) sind dem ArmAnw., der die Festsetzung nicht im eigenen Namen betreibt, gegenüber ebenso wirksam wie Verfügungen des Erstattungsschuldners (z. B. Zahlung).

Die von dem Bekl. der Kl., die durch ihren erstinstanzlichen Anwalt die Festsetzung der Kosten des ersten und zweiten Rechtszuges betrieben hat, zu erstattenden Kosten sind mit Beschluß v. 2. Juni 1938 auf 484,61 *RM* festgesetzt worden. Mit Antrag v. 19. Aug. 1938 hat RA. W. für RA. S., ohne Vollmacht für ihn einzureichen, den Kostenfestsetzungsbeschluß zu den Akten zurückgereicht mit dem Antrage, ihn dahin abzuändern, daß er in Höhe der zweitinstanzlichen Kosten mit 241,31 *RM* gemäß § 124 ZPO. direkt auf RA. S., dem als Armenanwalt beigeordneten zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Kl. laute. Demgemäß hat der Urkundsbeamte die Ausfertigung des Kostenfestsetzungsbeschlusses in der beantragten Höhe gemäß §§ 124, 727 ZPO. für RA. S. erteilt. Mit der Erinnerung hat der Bekl. bemängelt, daß dem Schuldner nicht Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben und so nicht beachtet worden sei, daß der für die Kl. festgesetzte Kostenerstattungsanspruch von einer Gläubigerin der Kl., der Lebensversicherungsgesellschaft X. durch Zahlungsverbot v. 14. Juni 1938 und anschließend durch Pfändungs- und Überweisungsbeschluß v. 24. Juni 1938 gepfändet und der Pfändungspfandgläubigerin zur Einziehung überwiesen worden sei. Der Bekl. habe der Pfändungsgläubigerin gegenüber den Anspruch anerkannt, zum Teil darauf auch schon Zahlungen geleistet, zum anderen Teil unter Übereignung entsprechender Werte ein Teilzahlungsabkommen getroffen. Diese Pfändung müsse der Armenanwalt gegen sich gelten lassen.

Das LG. hat die Erinnerung zurückgewiesen, da der Armenanwalt wegen seines Kostenerstattungsanspruchs bereits seit der Verkündung der Kostenentscheidung ein Pfandrecht an der Erstattungsforderung der armen Partei habe, das als älteres Recht dem erst später begründeten Pfändungspfandrecht anderer Gläubiger vorgehe. Nur durch Zahlung vor Zustellung des Umschreibungsbeschlusses hätte das Recht des Armenanwalts insoweit untergehen können.

Die Beschw. rügt, daß das LG. sich mit den einschlägigen Entsch. des KG. nicht auseinandergesetzt habe und dem Bekl. etwas Unzumutbares zumute, indem es von ihm verlange, daß er sich ein Urteil dahin bilde, an wen er denn nun zu Recht zu zahlen habe, ob an den Pfändungspfandgläubiger auf Grund des gerichtlichen Zahlungsverbots oder an den Armenanwalt auf Grund des umgeschriebenen Kostenfestsetzungsbeschlusses.

Diese Beschw. stellt sich, wenngleich der Urkundsbeamte die Umschreibung auf § 727 ZPO. gestützt hat, als sofortige Beschw. nicht nach § 793 ZPO., sondern nach § 104 Abs. 3 i. Verb. mit § 577 ZPO. dar. Denn es handelt sich, wie der Senat in ständiger Rspr. ausgesprochen hat, in keinem Falle um § 727 ZPO., sondern ausschließlich um Maßnahmen im Kostenfestsetzungsverfahren und lediglich um einen Wechsel zwischen den Erstattungsgläubigern (Partei-Armenanwalt). Für die Heranziehung anderer verfahrensrechtlicher Vorschriften ist demgemäß weder Raum noch Veranlassung (so auch bereits Entsch. v. 27. Juni 1934: JW. 1934, 2093; v. 30. Nov. 1935: JW. 1936, 56).

Daraus folgt auch, daß die in § 567 Abs. 2 ZPO. vorgesehene Beschwerdesumme (über 50 *RM*) auch hier gewahrt sein muß, wie dies schon in der Entsch. 20 W 6960/36 v. 22. Dez. 1936 ausgesprochen ist. Danach ist die Beschw. in zulässiger Weise eingelegt. Sie ist auch sachlich begründet.

Zunächst einmal ist verfahrensrechtlich zu rügen das Fehlen einer Vollmacht des RA. S., für den die Festsetzung aus § 124 begehrt wird. Eine solche Vollmacht des Armenanwalts

ist notwendig, falls dieser nicht selbst, sondern, wie das vielfach üblich ist, durch den erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten die Festsetzung aus § 124 ZPO. betreibt. Dieser Mangel brauchte indes hier nicht behoben zu werden, da der beantragten Umschreibung auf RA. S. ohnehin nicht stattgegeben werden kann.

Der Senat hat in seiner vom BeschwF. zutreffend angezogenen Rspr. diejenigen Grundsätze entwickelt, nach denen sich die Konkurrenz der Ansprüche der armen Partei einerseits und ihres Armenanwalts andererseits auf Kostenerstattung gegen die unterliegende Partei regelt, welche, kurz zusammengefaßt, dahin gehen: Der Armenanwalt verliert zwar dadurch, daß die Festsetzung zunächst im Namen der Partei betrieben wird, nicht schon sein Beitreibungsrecht aus § 124 ZPO. Er kann insbes. einen auf den Namen der Partei erlassenen Kostenfestsetzungsbeschluß auf seinen Namen umschreiben lassen. Doch handelt es sich dabei nicht etwa um eine Umschreibung der Vollstreckungsklausel gemäß § 727 ZPO., sondern nur um einen von der Praxis anerkannten Notbehelf. Für ihn ist deshalb die Grenze da zu ziehen, wo praktische Erwägungen, z. B. wenn daraus Unklarheit oder Verwirrung zu besorgen ist, dagegen sprechen. Dies ist regelmäßig schon dann der Fall, wenn gegenüber der durch den Festsetzungsbeschluß als Gläubiger ausgewiesenen armen Partei bereits Verfügungen über den Kostenerstattungsanspruch vorgenommen worden sind oder auch nur behauptet werden. Erst recht ist daher in solchen Fällen für eine Umschreibung des Festsetzungsbeschlusses auf den Armenanwalt kein Raum, in welchen in der Zwischenzeit unter den Erstattungsparteien bereits Verfügungen mit endgültiger Wirkung über den Erstattungsanspruch vorgenommen worden sind, er insbes. durch Zahlung oder Aufrechnung gegenüber der armen Partei getilgt worden ist. Diese durch das eigene Verhalten des Armenanwalts in der Zwischenzeit geschaffene Rechtslage muß der Armenanwalt gegen sich gelten lassen, und zwar dergestalt, daß sogar eine an Stelle bloßer Umschreibung beantragte Neufestsetzung aus § 124 ZPO. nicht mehr statthaft ist. Dagegen kann der Armenanwalt, der von Anfang an die Kostenfestsetzung im eigenen Namen betrieben hat, durch keinerlei Verfügung der Partei seinen Anspruch verlieren und ist insbes. gegen eigenmächtiges Vorgehen seiner Partei geschützt. In solchen Fällen wird durch irgendwelche Verfügung über den Kostenerstattungsanspruch das Beitreibungsrecht des Armenanwalts nicht gefährdet (vgl. die grundsätzlichen Entsch. des Senats bei Gaedeke: KostRspr. 1938 Nr. 755—760; ferner auch die von Willenbücher, 12. Aufl., S. 76/77 übernommene Zusammenstellung der einschlägigen Grundsätze in der Entsch. 20 W 344/37 v. 23. Jan. 1937: JW. 1937, 566).

Die für die Entwicklung dieser Rechtsgrundsätze maßgebenden Erwägungen sind unter dem Gesichtspunkt aufgestellt worden, einerseits dem Armenanwalt sein durch § 124 Abs. 2 ZPO. besonders stark geschütztes eigenes Beitreibungsrecht nach Möglichkeit zu erhalten, andererseits jedoch den Erstattungsschuldner nicht der Gefahr auszusetzen, von zwei verschiedenen Kostenerstattungsgläubigern wegen derselben Kostenerstattungsansprüche, d. h. doppelt, in Anspruch genommen zu werden. Dabei mußte der Grundsatz der Rechtssicherheit aus wohlerwogenen Gründen als der höhere und stärkere Gesichtspunkt gegenüber dem Beitreibungsrecht des Armenanwalts anerkannt worden. Denn dieses stellt sich nach der vom Senat in ständiger Rspr. vertretenen (vgl. Entsch. v. 28. Sept. 1931: JW. 1932, 254; so auch RG. v. 5. Dez. 1889: Gruch. 45, 652; Gaedeke, „ArmAnwG." S. 280) Auffassung seiner Rechtsnatur nach nicht als ein gesetzliches Pfandrecht an dem Erstattungsanspruch des Armenanwalts, sondern ein neben dem Erstattungsanspruch der armen Partei stehendes gesetzliches eigenes Recht dar, welches naturgemäß mit dem Anspruch der Partei selbst konkurrieren kann. Nur so ist überhaupt ermöglicht, daß die Kostenfestsetzung auch auf den Namen der armen Partei erfolgen kann.

Damit entfällt zunächst einmal die Begründung des landgerichtlichen Beschlusses, daß das Pfandrecht des Armenanwalts dem Pfändungspfandrecht Dritter unter allen Umständen vorgehe.

Im übrigen hätte das LG. schon auf Grund der Tatsache, daß hier in substantiierter Weise eine Verfügung über den Kostenerstattungsanspruch der armen Partei durch dritte Gläubiger der armen Partei dargetan worden war, zu einer Ablehnung der beantragten Umschreibung gelangen müssen. Denn es liegt auf der Hand, daß allein schon solche Eingriffe Dritter die Gefahr einer Rechtsunklarheit und Verwirrung mit sich bringen und so die Ablehnung der besonderen praktischen Vergünstigung der Umschreibung auf den Armenanwalt, welche bei nur teilweiser Umschreibung des Beschlusses ohnehin unerwünscht erscheint, rechtfertigen.

Darüber hinaus müssen aber, wie der Beschw. durchaus zuzugeben ist, die Grundsätze über die Wirksamkeit einer in der Zwischenzeit bis zur beantragten Umschreibung über den Erstattungsanspruch der Partei selbst getroffenen Verfügung dem Armenanwalt gegenüber in gleicher Weise gelten, mag es sich nun um eine vom Erstattungsschuldner vorgenommene oder um eine von dritter Seite, einem Gläubiger der armen Partei, veranlaßte rechtswirksame Maßnahme handeln, durch welche das Rechtsschicksal des Erstattungsanspruchs dinglich betroffen wird. Zwar verhalten sich die bisherigen Entsch. des Senats stets nur über Verfügungen der ersteren Art, insbes. über Zahlung und Aufrechnung des Erstattungsschuldners gegenüber der armen Partei. Die maßgebenden Erwägungen, die unbedingte Rechtsklarheit und Rechtssicherheit und der dadurch bezweckte Schutz des Erstattungsschuldners gegen doppelte Inanspruchnahme können aber für die Fälle, in welchen von dritter Seite, so also insbes. durch einen Gläubiger der armen Partei, Verfügungen über den Kostenerstattungsanspruch der armen Partei getroffen werden — hier wird in erster Reihe die Erwirkung eines Pfändungspfandrechts in Frage kommen —, keine anderen sein. Einmal ist die Rüge der Beschw., daß andernfalls dem Erstattungsschuldner Unzumutbares angesonnen werde, indem er entscheiden solle, ob das gerichtliche Zahlungsver- und -gebot oder der Festsetzungsbeschluß auf den Namen des Armenanwalts stärker und maßgebend sei, jedenfalls für diejenigen Fälle vollauf berechtigt, in denen diese Zwangslage auf Verhalten des Armenanwalts selbst zurückzuführen ist. Sodann aber muß die Rechtslage auch vom Standpunkt des Dritten aus berücksichtigt werden. Wenn dieser im Vertrauen auf einen ordnungsmäßig ausgefertigten Kostenfestsetzungsbeschluß, auf den Namen der Partei als Gläubigerin lautend, gerichtliche Pfändungsmaßnahmen erwirkt hat, dann kann nur das Vorliegen zwingender Gründe — das wäre also nur das stärkere Recht eines anderen Gläubigers der gleichen Kostenerstattungsforderung — dazu berechtigen, diese Maßnahmen schlechthin als ins Leere fallend und gegenstandslos, mithin als unwirksam zu behandeln. Das ist einfachstes Gebot der Rechtssicherheit.

Auch Verfügungen Dritter über den Erstattungsanspruch der armen Partei müssen daher in ihren Auswirkungen zu einer Beeinträchtigung des Rechts des Armenanwalts aus § 124 ZPO. führen, nachdem es der Armenanwalt durch sein eigenes Verhalten in gleicher Weise der Gefährdung durch Verfügungen des Erstattungsschuldners wie durch Verfügungen von dritter Seite ausgesetzt hat und sich damit des ursprünglichen Schutzes seines stärkeren Rechts begeben hat.

Die gegenteilige Auffassung des OLG. Stettin v. 27. Febr. 1932 (JW. 1932, 1587), daß die Pfändung des Kostenerstattungsanspruchs durch einen Gläubiger der armen Partei das Beitreibungsrecht des Armenanwalts nicht berühre, trägt allen den erörterten Gesichtspunkten nicht Rechnung. Zwar kann sie sich ihrerseits auf eine frühere Entsch. des KG. v. 23. März 1918 (BlRechtspfl. im Bezirk des KG. 1918, 38) stützen, wonach die vor der Umschreibung erfolgte Pfändung dem Armenanwalt gegenüber belanglos ist. Doch weist auch diese — im übrigen überholte — Entsch. bereits darauf hin, daß der Armenanwalt dadurch, daß er ausdrücklich die Festsetzung auf den Namen der Partei erwirkt, seines Rechts verlustig gehen kann. Auch die Ausführungen bei Gaedeke, „ArmAnwG." S. 310, daß ein Eingriff Dritter, z. B. die Pfändung durch einen Gläubiger der armen Partei, dem Armenanwalt unschädlich ist und ein derartiges Pfändungsrecht ebenso wie ein von der armen Partei begründetes rechtsgeschäftliches Pfandrecht dem Armenanwalt gegenüber unwirksam ist, stehen unter der ausdrücklichen Voraussetzung eigenmächtigen Vorgehens der armen Partei selbst, nicht aber eines Vorgehens des Armenanwalts, der durch Erwirkung der Kostenfestsetzung auf den Namen der armen Partei für eine solche Verfügung Dritter erst die Handhabe bietet. Der Standpunkt dieses Kommentars deckt sich daher mit dem jetzt vom Senat eingenommenen Standpunkt.

Von der Zustellung des auf den Namen der Partei lautenden Kostenfestsetzungsbeschlusses ab vorgenommene Verfügungen des Erstattungsschuldners oder Dritter muß mithin der Armenanwalt gegen sich gelten lassen. Soweit sie wirken, vernichten sie das Recht des Armenanwalts auf eigene Kostenerstattung.

Doch bedurfte es hier eines Eingehens darauf, in welchem Umfange die Pfändung durch die Lebensversicherungsgesellschaft den Kostenerstattungsanspruch erfaßt hat, nicht, weil die beantragte Umschreibung allein schon aus der erstgenannten Erwägung — Gefahr der Unklarheit und Verwirrung — abzulehnen war.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 5. Nov. 1938, 20 W 4408/38.)

*

43. KG. — § 124 ZPO. Voraussetzungen für die Neufestsetzung auf den Namen des ArmAnw., wenn er vorher Festsetzung für die Partei betrieben hat. Maßgebender Zeitpunkt für das Aufhören der Verfügungsbefugnis der Parteien.

Mit Antrag v. 26. Febr. 1938 beantragte der Prozeßbevollmächtigte der Bekl. die Kostenfestsetzung, welche durch Beschl. v. 4. März 1938 auf den Namen der Partei erfolgte. Mit Antrag v. 29. Aug. 1938 beantragte der Prozeßbevollmächtigte der Bekl. als deren Armenanwalt unter gleichzeitiger Rückgabe des früheren Kostenfestsetzungsbeschlusses die Festsetzung gemäß § 124 ZPO. auf seinen Namen. Diesem Antrag hat der Urkundsbeamte durch den Festsetzungsbeschluß v. 2. Sept. 1938 entsprochen und den früheren Beschl. für gegenstandslos erklärt. Der Kl. hat gegen die Festsetzung aus § 124 ZPO. Erinnerung eingelegt und die neue Festsetzung für unzulässig erklärt. Das LG. hat die Erinnerung zurückgewiesen. Es hält die Festsetzung aus § 124 ZPO. deshalb für unbedenklich, weil nicht bereits über den Kostenerstattungsanspruch der armen Partei verfügt worden sei. Es geht offenbar von der grundsätzlichen Entsch. des Senats 20 W 6507/36 v. 2. Dez. 1936 (bei Gaedeke: KostRspr. 1938 Nr. 758) aus. Diese läßt einerseits eine neue Festsetzung auf den Namen des Armenanwalts statt auf den Namen der Partei — auch noch nach Rechtskraft der ersten Festsetzung — zu, verlangt andererseits aber außer der Rückgabe der vollstreckbaren Ausfertigung des auf die Partei lautenden Festsetzungsbeschlusses die Feststellung, daß inzwischen nicht bereits der armen Partei gegenüber über den Kostenerstattungsanspruch verfügt worden ist.

Damit ist zunächst einmal der Einwand des Kl. erledigt, der für die arme Partei selbst ergangene Kostenfestsetzungsbeschluß könne, einmal rechtskräftig geworden, nicht für gegenstandslos erklärt, sondern nur mit Vollstreckungsgegenklage angefochten werden. Gerade aus der zugunsten des Kostenerstattungsschuldners angestellten Erwägung heraus, diesen gegen die Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme einmal durch die Partei selbst, sodann durch den Armenanwalt, nach § 124 ZPO. zu schützen — eine Gefahr, die durch die Eigenart des Beitreibungsrechts als eines neben dem Erstattungsanspruch der Partei stehenden eigenen Anspruchs des Armenanwalts bedingt ist —, d. h. gerade auch um dem Erstattungsschuldner die Notwendigkeit zu ersparen, sich einer doppelten Vollstreckung nur erst durch entsprechende Rechtsbehelfe erwehren zu müssen, ist der Senat zu seiner Rspr. zur Frage der Umschreibung und gegebenenfalls völlig neuen Festsetzung zugunsten des Armenanwalts gelangt. Noch in seiner Entsch. 20 W 10 287/28 v. 15. Nov. 1928 (JW. 1930, 182) war der Senat der Auffassung, daß der Erstattungsschuldner gegenüber dieser Gefahr nicht geschützt werden könne. Erst im Verlaufe der weiteren Rspr. zu § 124 ZPO. hat der Senat dann die in seinen Entsch. v. 29. Aug. 1931, 8. Juli 1933, 20. Sept. 1934, 30. Nov. 1935, 7. März 1936, 12. Dez. 1936 und 23. Jan. 1937 (bei Gaedeke: KostRspr. 1938 Nr. 756 bis 762) niedergelegten Grundsätze entwickelt, die dazu bestimmt sind, nach Möglichkeit die konkurrierenden Rechte des Armenanwalts und der armen Partei gegeneinander abzugrenzen, zugleich den Armenanwalt gegen unbefugte Verfügungen in seinem Rechte aus § 124 ZPO. zu schützen, gleichwohl jedoch auch einer doppelten Inanspruchnahme des Erstattungsschuldners nach Möglichkeit vorzubeugen. Daraus erklärt sich die grundsätzliche Rechtslage dahin, daß, wenn einmal ein Kostenfestsetzungsbeschluß, welcher auch die Kosten des Armenanwalts mit umfaßt, auf den Namen der Partei ergangen ist, eine Umschreibung oder Neufestsetzung für den Armenanwalt nur unter entsprechenden Rechtsgarantien zulässig ist. Zu diesen gehört vor allem die Rückgabe des früheren Schuldtitels, ferner aber die Feststellung, daß nicht inzwischen bereits Verfügungen über den Erstattungsanspruch getroffen sind, insbes. auf diesen an die arme Partei selbst noch nicht gezahlt worden ist. Andernfalls würde die Gefahr doppelter Inanspruchnahme des Erstattungsschuldners gegeben sein.

Aus dieser Erwägung heraus obliegt den festsetzenden Stellen grundsätzlich die Verpflichtung, entsprechende Feststellungen von Amts wegen zu treffen. Wie weit dabei im Einzelfalle zu gehen ist, kann nur nach den jeweiligen Umständen beurteilt werden. Regelmäßig wird von dem die Neufestsetzung (oder Umschreibung) beantragenden Armenanwalt, der zugleich den früheren Beschl. zurückzugeben hat, mindestens die Erklärung verlangt werden müssen, daß noch keinerlei Verfügungen über den Kostenerstattungsanspruch der Partei getroffen sind. Darüber hinaus wird eine Nachprüfung notwendig sein, wenn der Schuldner sich gegen die nunmehr schon erfolgte neue Festsetzung (Umschreibung) mit der Behauptung wehrt, daß in irgendeiner Weise (z. B. durch Zahlung, Aufrechnung) bereits eine Verfügung über den Kostenerstattungsanspruch der armen Partei erfolgt sei. Der Einwand von Jonas-Pohle (16. Aufl., Anm. 2 zu § 124 ZPO.), daß für eine derartige Prüfung im Kostenfestsetzungsverfahren kein Raum sei, kann nicht als stichhaltig erkannt werden. Denn er berücksichtigt nicht hinreichend, daß bereits ein Kostenfestsetzungsbeschluß vorliegt und es sich hier um die besondere Rechtslage handelt, ob daneben und an seiner Stelle nunmehr ohne weiteres noch eine neue Festsetzung über dieselben Positionen erfolgen kann. Diese Frage kann nur bejaht werden, wenn nicht die zwischenzeitliche Entwicklung rechtliche Hindernisse geschaffen hat, die einem solchen Verfahren nochmaliger Festsetzung der gleichen Kosten zwingend entgegenstehen, soll nicht die Rechtssicherheit darunter leiden. Deshalb wird gegebenenfalls überall dort, wo Anhaltspunkte dafür hervortreten, schon vor der Neufestsetzung der Schuldner zu hören sein.

Ob hier tatsächlich die Behauptungen des Kl. zutreffen und in welchem Umfange bereits Zahlungen, die der Armenanwalt gegen sich gelten lassen muß, geleistet worden sind, wird nunmehr festzustellen sein. Dabei ist zu berücksichtigen, daß ein Teil der behaupteten Zahlungen erst nach der am 9. Sept. 1938 erfolgten Zustellung des auf den Armenanwalt lautenden neuen Festsetzungsbeschlusses geleistet ist. Diese Zahlungen sind naturgemäß nicht geeignet, das Recht des Armenanwalts zu beeinträchtigen. Wie die Rechtslage zu beurteilen wäre, wenn — an sich unzulässigerweise — neben den bisherigen Festsetzungsbeschluß der neue Beschl. zugunsten des Armenanwalts getreten und dem Erstattungsschuldner zugestellt worden wäre, braucht hier nicht erörtert zu werden. Denn vorliegend ist der Urkundsbeamte einwandfrei verfahren, indem er den vom Armenanwalt zurückgegebenen Festsetzungsbeschluß zu den Akten genommen und ungültig geschrieben und in dem neuen Beschl. ausdrücklich vermerkt hat, daß damit der frühere Beschl. „gegenstandslos“ werde. Ein solcher Vermerk ist zur Klarstellung für die Bekl. grundsätzlich geboten. Dadurch war hier dem Erstattungsschuldner gegenüber klar und unmißverständlich ausgesprochen, daß eine Änderung der Rechtslage eingetreten, die frühere Kostenfestsetzung beseitigt und ein Erstattungsanspruch nur noch für den Armenanwalt als Erstattungsgläubiger festgestellt sei. Verfügten die Parteien selbst trotzdem noch über den Erstattungsanspruch, so konnten sie durch diese weiteren Verfügungen dem Armenanwalt nicht mehr schaden. Zahlungen des Kl. auch jetzt noch hat er auf eigene Gefahr geleistet. Als maßgeblicher Zeitpunkt ist die Zustellung des Beschl., gegebenenfalls derjenige Zeitpunkt anzusehen, in welchem die Parteien selbst in ordnungsmäßigem Geschäftsgang von dieser Zustellung Kenntnis erhalten konnten.

Unter diesen rechtlichen Gesichtspunkten wird die Entsch. über die Erinnerung zu treffen sein.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 5. Nov. 1938, 20 W 4733/38.)

Umsatzsteuer bei Testamentsvollstreckerhonorar

44. OLG. — § 10 UmsStG. Neben dem angemessenen Testamentsvollstreckerhonorar kann die Umsatzsteuer nicht gesondert in Rechnung gestellt werden.

Nach § 10 UmsStG. v. 16. Okt. 1934 und § 60 der DurchfBest. (ebenso auch schon nach § 11 des alten UmsStG. i. d. Fass. v. 8. Mai 1926 und § 48 DurchfBest.) darf nur bei „gesetzlich bemessenen“ Gebühren, wie z. B. Gebühren der Rechtsanwälte, die Steuer gesondert angefordert werden. Bei allen übrigen Leistungen ist der Steuerschuldner darauf angewiesen, die Steuer bei seiner Preiskalkulation mit zu berücksichtigen (verdeckte Abwälzung). Der Bekl. beansprucht offene Abwälzung; er verlangt neben dem sonst angemessenen Honorar gesonderte Erstattung von 2 % Umsatzsteuer. Das ist jedoch nach dem Gesetz nicht zulässig. Das Testamentsvollstreckerhonorar ist keine „gesetzlich bemessene“ Gebühr. Diese Gebühr wird nicht dadurch zu einer gesetzlichen, daß sich z. B. in Hamburg ein Brauch herausgebildet hat, daß 2 % angemessen seien, um so weniger, als dieser Satz in der Nachkriegszeit überschritten wurde und der angemessene Betrag sich neuerdings stark nach der Lage des Einzelfalls richtet. Das dem Testamentsvollstrecker zustehende angemessene Entgelt ist ebensowenig eine gesetzlich bemessene Gebühr wie z. B. das Entgelt solcher Prozeßagenten, denen die Gerichte ortsüblich gewisse Hundertsätze der Rechtsanwaltsgebühren zuzubilligen pflegten (so zum letzteren Fall Popitz, „Erläuterungsbuch zum UmsStG.“, 3. Aufl., 1928, Anm. zu § 11).

(OLG. Hamburg, Urt. v. 22. Sept. 1938, 2 U 117/38.)

Gerichtskosten

45. KG. — § 76 JustKassO.; § 4 GKG. Zusendung einer Gerichtskostenrechnung an den mithaftenden Zweitschuldner ohne Zahlungsaufforderung, nur mit Rücksicht auf eine vom Erstschuldner beantragte oder ihm bewilligte Stundung, stellt sich bereits als Kostenansatz dar und eröffnet die Erinnerung aus § 4 GKG.

Den Bekl. sind Zweitschuldnerrechnungen zugegangen, in denen die Aufforderung zur Zahlung durchstrichen worden ist. Wie aus der Mitteilung der Gerichtskasse hervorgeht, ist diese Übersendung deshalb erfolgt, weil der Erstschuldner in Raten abzahlt.

Die Bekl. haben Erinnerung eingelegt und einzelne Ansätze bemängelt.

Was zunächst die Frage anlangt, ob hier ein mit der Erinnerung nach § 4 GKG. angreifbarer Kostenansatz vorliegt und mithin eine Zuständigkeit des Gerichts zur Nachprüfung des Kostenansatzes gegeben ist, so ist die Zulässigkeit der Erinnerung aus folgenden Erwägungen zu bejahen:

Bisher hat der Senat in seiner Rspr. daran festgehalten, daß berechtigt zur Einlegung der Erinnerung und Beschw. aus § 4 GKG. nur der mit der Kostenrechnung in Anspruch genommene Zahlungspflichtige, nicht aber die Partei, die als Zweitschuldner in Anspruch genommen werden kann, ist (Entscheidung 20 Wa 206/30 v. 6. Okt. 1930, bei Gaedeke, „Kostenrechtsprechung“ 1938 Nr. 8). Daraus könnten sich Zweifel für diejenigen Fälle ergeben, in denen gegen eine Partei ein Kostenansatz zwar bereits aufgestellt wird, der Partei die Gerichtskostenrechnung mit diesem Ansatz indes zugeht, ohne daß darin eine Zahlungsaufforderung enthalten ist. Denn ein derartiger Kostenansatz bedeutet gerade, daß zur Zeit die Partei noch nicht als zahlungspflichtig in Anspruch genommen wird, sondern ihr nur eröffnet werden soll, in welchem Umfange sie gegebenenfalls als Kosten- (Zweit-) Schuldner herangezogen werden kann. Eine so gestaltete Mitteilung einer Kostenrechnung ist durch § 76 Abs. 4 JustKassO. vorgesehen für den Fall, daß mehrere Personen für eine Kostenschuld haften und nur erst eine von ihnen in Anspruch genommen werden kann (Erstschuldner). Dann ist darauf Bedacht zu nehmen, daß durch eine diesem Erstschuldner bewilligte Stundung das Interesse der mithaftenden Schuldner nicht gefährdet wird. In geeigneten Fällen, insbes. bei Stundungen über drei Monate hinaus, hat daher die Kasse die Feststellung der Mithaftverhältnisse durch den Kostenbeamten herbeizuführen und die mithaftenden Personen unter Mitteilung einer nicht mit Zahlungsaufforderung versehenen Kostenrechnung vor der Entscheidung über das Stundungsgesuch zu hören oder von einer ohne ihre Anhörung bewilligten Stundung alsbald zu benachrichtigen. Eine derartige Mitteilung des Kostenansatzes bezweckt mithin noch nicht die Inanspruchnahme des mithaftenden Kostenschuldners, sondern lediglich die Wahrung seines Interesses unter dem Gesichtspunkt, daß ihm der Umfang der Kostenschuld, für die er später gegebenenfalls zur Haftung herangezogen werden kann, bekanntgegeben wird, wenn seine Inanspruchnahme mit Rücksicht auf eine vom Erstschuldner erbetene oder diesem bereits zugebilligte Stundung schon in den näheren Bereich der Möglichkeit rückt.

Wenn durch die Bestimmungen der JustKostO. eine solche Mitteilung des Kostenansatzes vorgesehen ist, so ändert diese Art des Kostenansatzes nichts daran, daß es sich doch bereits um einen Kostenansatz i. S. des § 4 GKG. handelt. Denn dieser enthält als wesentliche Bestandteile die Feststellung, daß eine bestimmte Kostenschuld durch bestimmte Vorgänge für die Reichskasse erwachsen ist, die Entscheidung, wer als Kostenschuldner in Anspruch genommen werden kann, und die Bestimmung der Reihenfolge der Inanspruchnahme, gegebenenfalls auch die Entscheidung, daß keine rechtlichen Hindernisse (Armenrechtsbewilligung) der Geltendmachung der Kostenschuld entgegenstehen (Entsch. des Sen. 20 Wa 54/37 v. 24. April 1937: JW. 1937, 2473[36], bei Gaedeke, „Kostenrechtsprechung“ 1938 Nr. 4). Zu den begrifflichen Merkmalen des Kostenansatzes gehört somit nicht unbedingt auch bereits die Fälligkeit und damit nicht bereits das Einfordern der fälligen Kostenschuld von der als Kostenschuldner bezeichneten Person, obwohl regelmäßig die Mitteilung eines Kostenansatzes bereits die Inanspruchnahme, die Einforderung des geschuldeten Betrages vom Kostenschuldner bezweckt und bedeutet. Entfällt aber letztere Voraussetzung als begriffliches Merkmal für den Kostenansatz, dann bestehen keine rechtlichen Bedenken dagegen, auch in den in § 76 Abs. 4 JustKassO. vorgesehenen Fällen der Mitteilung einer Kostenrechnung an mithaftende Personen, in welcher eine Zahlungsaufforderung fehlt (oder gar ausdrücklich durchstrichen ist), den Kostenansatz dieser Gerichtskostenrechnung bereits als solchen i. S. des § 4 GKG. anzusehen und demgemäß dem darin benannten Kosten- (Zweit-) Schuldner nunmehr bereits den Rechtsbehelf der Erinnerung aus § 4 GKG. zu eröffnen. Hierzu nötigen im übrigen auch rein praktische Erwägungen. Denn es würde für die Partei, welcher eine solche Kostenrechnung zugeht, nicht verständlich sein, wenn sie die Nachprüfung derselben, sei es der Höhe, sei es dem Grunde der Haftung für die errechnete Kostenschuld nach, erst dann begehren dürfte, wenn ihr in einem späteren Zeitpunkt die Aufforderung zuginge, den damals gegen sie angesetzten Kostenbetrag nunmehr an die Gerichtskasse zu zahlen. Es liegt gleicherweise im Interesse der beteiligten behördlichen Stellen, des ansetzenden UrkB. wie insbes. der Gerichtskasse, daß über die Berechtigung des Kostenansatzes alsbald Klarheit geschaffen wird und daß, wenn es später zur Einforderung der Gerichtskosten von dem Kosten- (Zweit-) Schuldner kommt, über dessen etwaige Einwendungen gegen den Kostenansatz bereits entschieden ist, Zweifel gegen die Berechtigung der Beitreibung somit nicht mehr bestehen.

Damit ist also der Rechtsbehelf der Erinnerung in solchen Fällen schlechthin und so eine Zuständigkeit des Gerichts zur Nachprüfung des Kostenansatzes gegeben. Insofern erleidet der obengenannte Grundsatz des Senats 20 Wa 206/30 eine Einschränkung, die dadurch bedingt ist, daß die PrKassO. für die Justizbehörden v. 28. März 1907 in § 31 Ziff. 1 zwar auch eine Anhörung des Mithaftenden über ein Stundungsgesuch des Erstschuldners, nicht dagegen die Mitteilung einer nicht mit Zahlungsaufforderung verbundenen Gerichtskostenrechnung vorsah. Darauf, ob entsprechend dem § 76 Abs. 4 JustKassO. die Übersendung der Kostenrechnung zugleich mit einer Aufforderung zur Äußerung über die beantragte Stundung des Erstschuldners oder mit einer Mitteilung über die bereits bewilligte Stundung geschieht, kann es nicht ankommen. Denn bei einem — versehentlichen — Fehlen solcher Aufforderung oder Mitteilung an die betroffene Partei würde naturgemäß nur um so mehr die Rechtsnatur der Gerichtskostenrechnung als eines bereits gegen sie gerichteten Kostenansatzes hervortreten. Es kann deshalb dahingestellt bleiben — was hier in tatsächlicher Hinsicht nicht klargestellt ist —, ob den Bekl. als Zweitschuldner die Kostenrechnung mit einer Benachrichtigung darüber zugegangen sind, daß der Erstschuldner, der Kl., in Raten abzahlt.

Immerhin liegt es in der Natur der Sache, daß die Erinnerung nicht beanstanden kann, daß nicht zunächst der Erstschuldner in Anspruch genommen werde, daß es also an den Voraussetzungen für die Heranziehung des Zweitschuldners gemäß § 82 Abs. 2 GKG. fehle. Denn eine solche Heranziehung enthält die Mitteilung der Kostenrechnung ohne Zahlungsaufforderung noch nicht.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 29. Okt. 1938, 20 Wa 157/38.)

Reichsarbeitsgericht

**** 46. § 242 BGB. Zur Frage der Verwirkung tariflicher Lohnansprüche.**

Ein Verzicht auf den Tariflohn vor Beendigung des Vertragsverhältnisses ist unwirksam (RArbG. 15, 151 = JW. 1935, 3177[26] m. Anm.). Damit ist die Möglichkeit einer auf Treu und Glauben gestützten Verwirkung des Anspruches auf Tariflohn noch nicht verneint. Das RArbG. hat sie vielmehr auch unter der Herrschaft des ArbOG. anerkannt, aber stets gefordert, daß an den Tatbestand besonders strenge Anforderungen zu stellen seien (RArbG. 16, 262 = JW. 1936, 2107[44] m. Anm. 2492[42]; RArbG. 18, 113). Dieser Forderung ist der BerR. nicht gerecht geworden. Der Kl. hat mit der Erhebung seines Anspruches nicht gewartet, bis sein Anstellungsverhältnis erloschen war, sondern ihn noch während des Bestehens seines Vertrages geltend gemacht. Die im September 1937 erfolgte Nachforderung des Kl. für die Zeit von Mai 1937 ab kann auch trotz der festgestellten schlechten Vermögensverhältnisse des Bekl. nicht als so verspätet angesehen werden, daß unter diesem Gesichtspunkt aus der Länge der verstrichenen Zeit ein Verstoß gegen Treu und Glauben zu entnehmen wäre.

Die sog. „Verwirkung“ ist aber nur ein Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung (RGZ. 155, 152 = JW. 1937, 2266[2] und 2495); diese beruht auf dem Gedanken, daß die nach § 242 BGB. bei der Erfüllung aller Schuldverhältnisse gebotene Rücksicht auf Treu und Glauben im Verkehr dahin führen kann, die Geltendmachung eines Anspruches aus besonderen, in jener Entscheidung näher dargelegten Gründen, auch solchen, die mit dem Fristablauf nicht zusammenhängen, als mit der Rechtsordnung unvereinbar erscheinen zu lassen. Zu prüfen ist deshalb noch, ob sich etwa aus den von dem BerR. sonst noch angeführten Gründen die Geltendmachung des Anspruchs durch den Kl. als ein Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt. Bei dieser Prüfung kann im Gegensatz zum BerR. kein Gewicht darauf gelegt werden, daß der Kl. seine Arbeit zu dem untertariflichen Lohn angeboten habe. Denn das ArbOG. legt aus wohlerwogenen lohnpolitischen Gründen bewußt höheres Gewicht auf die strenge Durchführung der

Tarifnormen als darauf, daß ein Gefolgschaftsmitglied an seinem Versprechen, nicht den vollen Tariflohn zu fordern, festgehalten wird, zumal auch der Unternehmer mit der Zahlung der niedrigeren Entlohnung die mit der Festsetzung eines tariflichen Mindestlohnes verfolgte Absicht des Gesetzgebers durchkreuzt hat. Aus einem ähnlichen Grund kann nicht berücksichtigt werden, daß nach der Feststellung des BerR. bei der Art der Wirtschaft des Bekl. die Zahlung von Tariflohn für zwei Musiker für diesen nicht tragbar und dies dem Kl. bewußt gewesen ist. Denn wenn dies berücksichtigt werden könnte, würde damit der Grundsatz der tariflichen Bezahlung so durchlöchert werden, daß die Durchführung der Tarifnormen ernstlich gefährdet würde. Darauf schließlich, daß die Musiker berechtigt gewesen seien, für sich besonders zu sammeln, wenn sie auf Wunsch des Publikums bestimmte Schlager gespielt hätten, kann sich der Bekl. schon deshalb nicht berufen, weil die Entlohnung der Musiker in der Form des Selbstkassierens durch § 5 Abs. 4 TarO. v. 7. Jan. 1936 (RArbBl. VI, 54) verboten ist. Wollte man die auf diese Weise erzielten Einnahmen den Musikern auf ihren Lohn anrechnen, so würde das Verbot des Selbstkassierens praktisch ohne Bedeutung sein. Was der Bekl. vorgebracht hat, kann deshalb im vorl. Falle mit Rücksicht auf die Notwendigkeit einer strengen Durchführung der Tarifnormen nicht ausreichen, um dem Anspruch des Kl. die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung entgegenzuhalten.

(RArbG., Urt. v. 5. Okt. 1938, RAG 86/38. — Köln.)

Bemerkung: Vgl. hierzu auch den Aufsatz Siebert: JW. 1937, 2495. D. S.

*

**** 47. § 354 Abs. 1 RVO.; §§ 125, 242 BGB.**

1. Der Anstellungsvertrag eines Krankenkassenangestellten, welcher der Dienstordnung unterstehen soll, ist beim Mangel der in § 354 RVO. vorgeschriebenen Schriftform nichtig.

2. Ob gegenüber der Berufung auf solche Nichtigkeit die Einrede der unrichtigen Rechtsausübung zulässig ist, kann zweifelhaft sein. Wenn aber die Krankenkasse dem Angestellten die Unterstellung unter die Dienstordnung zugesagt und diese Zusage nicht gehalten hat, so ist sie schadensersatzpflichtig und muß sich so behandeln lassen, als wenn der Angestellte der Dienstordnung unterstände.

Der Vorderrichter geht mit Recht davon aus, daß durch § 354 RVO. für das Anstellungsverhältnis eines Krankenkassenangestellten, welcher der Dienstordnung unterstehen soll, der Abschluß eines schriftlichen Anstellungsvertrages zwingend vorgeschrieben ist (RArbG. 17, 152 [159] = JW. 1936, 3149 [37]). Wenn das Gesetz schriftliche Form für einen Vertrag vorschreibt, so muß dieser nach § 126 BGB. von beiden Parteien unterschrieben werden. Da dies nicht geschehen ist, ist der Anstellungsvertrag nach § 125 BGB. nichtig. Dem Einwand der Nichtigkeit gegenüber hat der Kl. aber geltend gemacht, die Bekl. dürfe sich auf die Nichtigkeit nicht berufen; denn er habe wiederholt den Abschluß eines schriftlichen Vertrages verlangt, sei aber stets abschlägig beschieden worden, weil die Aushändigung der Anstellungsurkunde nach Ansicht der Bekl. den Abschluß eines schriftlichen Vertrages entbehrlich gemacht habe. Der Vorderrichter zieht daraus den Schluß, daß es gegen Treu und Glauben verstoße, wenn die Bekl. sich jetzt auf den Mangel der Anstellung berufe, den frühere Vorstandsmitglieder herbeigeführt hätten. Gegen diesen Entscheidungsgrund richten sich vor allem die Angriffe der Revision.

Ob die Grundsätze, welche das RArbG. in seiner Entsch. vom 15. Juni 1938, RAG 10/38 = JW. 1938, 2426 [37] m. Anm. in Übereinstimmung mit der ständ. Rspr. des RG. für die Einrede der unrichtigen Rechtsausübung gegenüber der Berufung auf die Formnichtigkeit von Verträgen aufgestellt hat, auch auf den vorliegenden Fall Anwendung finden können, kann allerdings zweifelhaft sein. Denn von der Beobachtung der Schriftform des § 354 RVO. hängen nicht bloß die bürgerlich-rechtlichen Beziehungen zwischen Krankenkasse und Angestellten ab. Ihre Beobachtung hat auch eine sehr wesentliche öffentlich-rechtliche Bedeutung. Die der Dienstordnung unterstellten Krankenkassenangestellten haben eine beamtenähnliche Stellung, was besonders in § 358 RVO. zum Ausdruck kommt. In Streitigkeiten aus den Dienstverhältnissen solcher Angestellten entscheiden die Versicherungsbehörden, das Entlassungsverfahren ist dem beamtenrechtlichen Dienststrafverfahren angenähert, bei vermögensrechtlichen Ansprüchen muß der Klage die Entsch. des OVersA. vorangehen. Die Versicherungsbehörden werden aber nur dann tätig, wenn es sich um einen Krankenkassenangestellten handelt, der entsprechend der gesetzlichen Vorschrift durch schriftlichen Anstellungsvertrag der Dienstordnung unterstellt ist. Die Folge der Zulassung der Einrede der unrichtigen Rechtsausübung gegenüber dem Formmangel würde demnach die sein, daß zwar im Verhältnis zwischen Krankenkasse und Angestellten die Dienstordnung gilt, daß aber ihre in der RVO. vorgesehene verfahrensrechtliche Durchführung unmöglich ist. Das, was die RVO. den dienstordnungsmäßig angestellten Personen geben will, kann also mit der Einrede der unzulässigen Rechtsausübung nicht voll erreicht werden. Eine Zwitterstellung des Angestellten bleibt übrig.

Indessen braucht zu der aufgeworfenen Zweifelsfrage nicht abschließend Stellung genommen zu werden, weil die Entsch. des BerR. sich aus einem anderen Grunde als richtig erweist. Der Kl. stand bereits in einem Dienstverhältnis bei der Bekl., als seine Unterstellung unter die Dienstordnung beschlossen und ihm zugesagt wurde. Dies Versprechen war nicht formbedürftig. Die Bekl. war deshalb verpflichtet, einen schriftlichen Vertrag mit ihm abzuschließen, und machte sich schadensersatzpflichtig, wenn sie dadurch, daß sie dies unterließ, ihrer vertraglichen Verpflichtung nicht nachkam, ihn der Dienstordnung zu unterstellen. Eine solche Schadensersatzpflicht muß um so mehr angenommen werden, als die Bekl. den Kl. jahrelang in ihren Diensten behalten und ihr früherer Vorstand seinem Drängen auf Abschluß eines schriftlichen Vertrages nicht nachgegeben und die Ablehnung damit begründet hat, daß die Aushändigung der Anstellungsurkunde für die Gültigkeit des Vertrages ausreichend sei. Allerdings kann die Bekl. ihm jetzt nicht mehr rückwirkend die verheißene Stellung in der Art verschaffen, daß die Versicherungsbehörden über seine Entlassung zu entscheiden hätten, wobei die Bedeutung der im vorliegenden Falle schon getroffenen Entsch. dahingestellt bleiben kann. Das kann aber nur dahin führen, daß die Gerichte über die Schadensersatzpflicht der Bekl. auch ohne eine Vorentscheidung i. S. des § 358 Abs. 3 RVO. befinden müssen. Aus der Schadensersatzpflicht der Bekl. ergibt sich, daß die Bekl. sich auf die Unwirksamkeit der Anstellungsurkunde des Kl. nicht berufen darf und sich so behandeln lassen muß, als wenn der Kl. der Dienstordnung unterstände. In diesem Sinne ist auch die Feststellung des BerR. nur aufzufassen, der Kl. sei als der Dienstordnung unterstehend anzusehen.

(RArbG., Urt. v. 12. Okt. 1938, RAG 27/38. — Königsberg.)

*

**** 48. §§ 1, 2, 35 ArbOG.**

1. Bloßes Schweigen des Gefolgsmanns, dem nachträglich eine im Betriebe bestehende, von den gesetzlichen Arbeitsbedingungen zu seinen Ungunsten abweichende Übung bekannt wird, ist noch kein stillschweigendes Einverständnis mit dieser Abweichung.

2. Ziel und Inhalt nationalsozialistischer Arbeitsordnung ist die Überwindung gegensätzlicher Interessen im Rahmen des Gemeininteresses. Hieraus folgt nicht, daß der Gefolgsmann bei Geltendmachung von Ansprüchen ohne weiteres das Interesse des Unternehmers dem seinigen voranstellen müßte. Ebensowenig folgt aber aus dem Grundsatz der Betriebsgemeinschaft, daß die Arbeitsbedingungen für alle Gefolgschaftsmitglieder, wenn sie in einzelnen Fällen übereinstimmend vereinbart worden sind, schlechthin gleich sein müßten.

Der Kl. war bei der Bekl. mit Abbrucharbeiten auf dem Betriebsgelände der Firma Z. in K. beschäftigt. Am 15. April 1937 kündigte ihm die Bekl. zum 16. April 1937.

Der Kl., der sich auf eine Kündigungsfrist von 14 Tagen beruft, verlangt den Lohn für 14 Tage.

Die Bekl. behauptet, mit dem Kl. sei ebenso wie mit allen anderen auf dem Betriebsgelände der Firma Z. mit Abbrucharbeiten beschäftigten Arbeitern eine eintägige Kündigungsfrist vereinbart worden.

Das ArbG. hat dem Klageantrage entsprochen. Das LArbG. hat abgewiesen. Das RArbG. hat aufgehoben und zurückverwiesen.

Mangels einer tariflichen Regelung der Kündigung oder deren Regelung durch eine BetrO. galt für den Arbeitsvertrag die gesetzliche Kündigung mit einer Frist von 14 Tagen (§ 122 GewO.), sofern zwischen den Parteien nicht vertraglich eine andere Vereinbarung über die Kündigung getroffen war. Den Beweis für eine solche Vereinbarung zu führen, obliegt der Bekl.

Von dieser Rechtsauffassung sind auch die Vorinstanzen ausgegangen. Beide erklären eine ausdrückliche vertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien über die Kündigungsfrist für nicht bewiesen. Das LArbG. ist aber der Ansicht, daß das Bestehen des Kl. auf der 14tägigen Kündigungsfrist mit dem Grundsatz von Treu und Glauben und der in den §§ 1, 2 u. 35 ArbOG. verankerten Treupflicht der Gefolgschaftsmitglieder gegenüber dem Betriebsführer nicht zu vereinigen sei. Es nimmt ferner an, daß der Kl., wenn nicht schon bei seiner Einstellung, dann doch in der Folgezeit während seiner Beschäftigung bei der

Bekl. sich mit der in ihrem Betriebe allgemein üblichen eintägigen Kündigungsfrist stillschweigend einverstanden erklärt hat. Es folgert daraus, daß damit an die Stelle der zunächst vertraglich geltenden gesetzlichen Kündigungsfrist von 14 Tagen eine solche von einem Tage getreten sei.

Das Urt. begegnet nach mehreren Richtungen Bedenken. Das RArbG. hat in dem Urt. v. 11. Juni 1938, RAG 3/38 = JW. 1938, 2563 [15] ausgesprochen, daß das Schweigen eines Gefolgschaftsmitgliedes zu einer ungünstigere Arbeitsbedingungen festsetzenden BetrO. nicht als — stillschweigende — Zustimmung zu der Verschlechterung seiner einzelvertraglich bestimmten Arbeitsbedingungen angesehen werden kann. Ähnliches muß in einem Falle wie dem vorliegenden gelten. Die Zustimmung des Gefolgsmannes zu einer Abänderung der für sein Arbeitsverhältnis ursprünglich infolge nachgiebiger gesetzlicher Regelung geltenden Arbeitsbedingungen durch einzelvertragliche Abrede kann, selbst wenn sie zu einer Verschlechterung der ursprünglichen Arbeitsbedingungen führt, auch stillschweigend erteilt werden; es muß aber eine diese Zustimmung zweifelsfrei ausdrückende Willenskundgebung des Gefolgsmannes vorliegen. Bloßes Schweigen des Gefolgsmannes, wenn ihm nachträglich eine in dem Betriebe bestehende, von der gesetzlichen Regelung zu seinen Ungunsten abweichende Übung bekannt wird, genügt hierfür nicht. Die Ausführungen des angefochtenen Urt. erscheinen hier von dem Rechtsirrtum beeinflußt, daß die nach Vertragsabschluß erlangte Kenntnis von der Üblichkeit der eintägigen Kündigung in dem Unternehmen und die Weiterarbeit trotz erlangter Kenntnis hiervon schon das stillschweigende Einverständnis des Gefolgsmannes mit der Änderung seiner 14tägigen Kündigungsfrist in eine eintägige Kündigungsfrist beweise. Diese Auffassung ist rechtlich nicht haltbar.

Das BG. führt weiter aus, es verstoße gegen den Geist der Betriebsgemeinschaft, wenn der Kl. ein Versehen der Bekl. bei seiner Einstellung, sofern überhaupt von einem solchen gesprochen werden könne, sich zunutze mache, um für sich Sondervorteile gegenüber seinen Arbeitskollegen herauszuholen oder gar durch diesen Rechtsstreit der Schrittmacher für andere zu sein, die nur den Ausgang dieses Rechtsstreits abwarteten, um im Falle des Obsiegens des Kl. mit denselben Ansprüchen gegen die Bekl. hervorzutreten. Ein solches Verhalten entspreche nicht der Treupflicht, die vom Gefolgschaftsmitgliede verlange, bei Verfolgung von Ansprüchen aus dem Arbeitsvertrag nicht nur seine Interessen, sondern auch die berechtigten Interessen des Betriebsführers im Auge zu behalten. In letzterer Hinsicht verkennt das BG., daß auf seiten der Gefolgschaftsmitglieder einerseits und des Betriebsführers (Unternehmers) andererseits Interessen bestehen, die zunächst wenigstens gegensätzlich zu sein scheinen. Ziel und Inhalt nationalsozialistischer Arbeitsordnung ist es gerade, durch eine die Interessen beider im Rahmen des Möglichen verwirklichende Regelung diese Gegensätzlichkeit zu vermeiden oder zu beseitigen. Der Rahmen des Möglichen ergibt sich aus dem beide beherrschenden höheren Interesse der Gemeinschaft, dem Interesse des Betriebes, dem Gefolgschaftsmitglieder und Betriebsführer ihre eigenen Interessen unterzuordnen haben. Wenn hiernach schon bei der Regelung der Betriebsverhältnisse nur das höhere Interesse der Betriebsgemeinschaft allein ausschlaggebend sein kann, so kann daraus doch nicht gefolgert werden, daß das einzelne Gefolgschaftsmitglied bei der Geltendmachung von begründeten Ansprüchen aus seinem Arbeitsvertrag ohne weiteres gehalten wäre, das Interesse des Betriebsführers seinem eigenen Interesse voranzustellen. Ebensowenig läßt sich aber aus dem das Arbeitsrecht beherrschenden Grundsatz der Betriebsgemeinschaft oder dem überwiegend personenrechtlichen Charakter des Arbeitsverhältnisses der Satz ableiten, daß die Arbeitsbedingungen oder gar die Kündigungsfristen für alle Gefolgschaftsmitglieder, wenn sie in einzelnen Fällen übereinstimmend vereinbart worden sind, schlechthin gleich sein müßten. Es kann daher auch nicht ohne weiteres gesagt werden, daß es gegen den Geist der Betriebsgemeinschaft verstoße, wenn der Kl. die mangels einer Vereinbarung gesetzlich bestimmte Kündigungsfrist beansprucht, und daß er insoweit Sondervorteile gegenüber seinen Arbeitskollegen herauszuholen versuche. Ein anderes müßte nur dann gelten, wenn die von dem BG. hervorgehobene Üblichkeit der eintägigen Kündigung im Betriebe der Bekl. auf einer dort bestehenden, bekannten und ohne weiteres erkennbaren allgemeinen und für den Betrieb verbindlichen Ordnung beruhen würde. In dieser Beziehung käme in erster Linie die Betriebsordnung in Frage. Hierüber enthält das angefochtene Urt. nichts. Die Feststellungen des BG. reichen auch nicht aus, um die Annahme zu begründen, es sei aus der in Rede stehenden Üblichkeit bereits eine derart feststehende und bestimmte, bekannte Übung geworden, daß sie als eine solche Ordnung angesehen werden müßte. Dem Grundsatz nach wäre das rechtlich möglich. Denn ebenso wie aus solchen Ordnungen sich zugunsten der Gefolgschaftsmitglieder Rückwirkungen auf ihr Arbeitsverhältnis und ihren Arbeitsvertrag ergeben können, muß das auch zu ihren Ungunsten zutreffen (RArbG. 19, 281 = JW. 1938, 2562 [14]). Eine solche Übung hat das BG. im vorliegenden Falle nicht festgestellt und kann angesichts seiner Annahme, daß andere Gefolgschaftsmitglieder nur das Obsiegen des Kl. abwarteten, um dann mit denselben Ansprüchen hervorzutreten, wohl überhaupt nicht in Frage kommen.

Es kann sich also nur fragen, ob die Geltendmachung der 14tägigen Kündigungsfrist durch den Kl. im Rechtsstreit wegen der besonderen Sachlage in solcher Weise gegen Treu und Glauben verstößt, daß die Bekl. so gestellt werden muß, als wenn eine eintägige Kündigungsfrist vereinbart worden wäre. Insoweit könnte neben der dem Kl. bekannt gewordenen Üblichkeit auch der Gesichtspunkt der Treupflicht des Kl. in Anbetracht der besonderen Betriebsverhältnisse der Bekl. (Abbruchbetrieb, wirtschaftliche Auswirkung einer etwa in größerem Maße zu erwartenden Nachzahlung bei längeren Kündigungsfristen, Gesamtlage des Betriebs) von Bedeutung sein; ferner könnte für den Kl. bei solchen Umständen die Pflicht erwachsen sein, bei etwa erkennbar bevorstehender Beendigung der in Frage stehenden Abbrucharbeiten die Bekl. rechtzeitig darauf hinzuweisen, daß er eine Kündigungsfrist von 14 Tagen für sich in Anspruch nehme. (Wird weiter ausgeführt.)

(RArbG., Urt. v. 7. Sept. 1938, RAG 40/38. — Köln.)

*

49. § 91 ZPO. Zur Frage der Erstattungsfähigkeit der Kosten auswärtiger Rechtsanwälte im Verfahren vor dem RArbG.

Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß die Prozeßbevollmächtigten der Bekl. und RevKl. die Revision eingelegt und begründet haben und erst nach Erhalt der Ladung zur Revisionsverhandlung über die DAF., Leipzig, einen dort ansässigen Rechtsanwalt mit der Wahrnehmung der Revisionsverhandlung beauftragt haben.

Prozeßrechtlich gesehen sind somit die Prozeßbevollmächtigten der Bekl. und RevKl. als Hauptprozeßbevollmächtigte i. S. des § 42 RAGebO. tätig gewesen, während der von diesen beauftragte Leipziger Anwalt als Verhandlungsvertreter i. S. des § 43 RAGebO. tätig wurde.

Den Kieler Prozeßbevollmächtigten der Bekl. und RevKl. erwuchsen somit die in § 42 RAGebO. vorgesehenen Gebühren. Diese sind gemäß § 91 Abs. 2 ZPO. auch erstattungsfähig. Die Bestimmung des § 91 Abs. 2 ZPO., gemäß der die Kosten mehrerer Anwälte nur insoweit zu erstatten sind, als sie die Kosten eines Anwalts nicht übersteigen, steht der Erstattungsfähigkeit der gemäß § 42 RAGebO. erwachsenen Kosten nicht entgegen, da nach Ansicht des Gerichts die durch eine etwaige Reise eines der Kieler Prozeßbevollmächtigten nach Leipzig entstandenen Kosten voll erstattungsfähig gewesen wären.

Das Gericht geht hierbei von der Erwägung aus, daß die abweichend vom reichsgerichtlichen Verfahren und im Gegensatz zu den für die Simultananwälte beim LG. und einem auswärtigen AG. aufgestellten Grundsätzen für das Verfahren vor dem RArbG. getroffene Regelung, wonach auswärtige Anwälte unbeschränkt zur Verhandlung zugelassen sind, bei grundsätzlicher Verneinung der Erstattungsfähigkeit dadurch entstehender Kosten gegenstandslos sein würde, indem die Anwälte kostenrechtlich gehindert wären, von dieser Sonderregelung auch Gebrauch zu machen.

Diese Sonderregelung stellt sich nicht lediglich als eine Besserstellung für die Rechtsanwälte dar, sondern bedeutet insbesondere eine Förderung der Wahrheitssicherung. Der auswärtige Rechtsanwalt ist aus seiner Kenntnis der gesamten örtlichen Wirtschaftslage gerade hier mehr geeignet, der Rechtspflege zu dienen, als der ortsfremde, am Sitz des RArbG. wohnende Rechtsanwalt.

Gemäß § 42 RAGebO. erwuchsen den Prozeßbevollmächtigten der Bekl. und RevKl. somit 1 Prozeßgebühr und 1/2 Verhandlungsgebühr.

(ArbG. Flensburg, Beschl. v. 30. Aug. 1938, Ca 116/36.)

Hauptschriftleiter: Rechtsanwalt Rudolf Hensen, Berlin W 35, Lützowufer 18 II. Stellvertreter: Schriftleiter Rudolf Leppin, Berlin. Anzeigenleiter: Paul Goldstein, Leipzig C 1, Dresdner Str. 11/13. Durchschnittsaufl. 3. Vj. 38: 20000. Druck: Oscar Brandstetter, Leipzig. Verlag: W. Moeser Buchhandlung, Leipzig.